Das

Institut der laudatio auctoris

in seinen Beziehungen zum

germanischen Eviktionsprocesse.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER WÜRDE EINES DOCTORS BEIDER RECHTE

VERFASST UND DER

HOHEN JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

KAISER WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

VORGELEGT VON

KARL GÜNDER.

Würzburg.

Druck der Thein'schen Druckerei (Stürtz).

1883.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552716_0085

Herrn

Dr. Aug. Sig. Schultze

Professor der Rechte zu Strassburg

in Dankbarkeit und Verehrung

gewidmet.

Inhaltsangabe.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2. A.	Der Detentor im römischen Vindicationsprocess	4
	I. Legis actiones	4
	II. Formularprocess	7
	III. Justinianisches Recht	12
§ 3.	Ulpian und Pegasus in der l 9 D de rei vind	16
§ 4.	Die gemeinrechtliche laudatio auctoris und Constantins Constitution vom Jahre 331 (c. 2 C. ubi in rem actio III, 19)	19
	I. Die sog. laudatio seu nominatio auctoris	19
	II. Die gemeinrechtliche Interpretation der c. 2 C. ubi in rem actio	21
	III. Die c. 2 C. ubi in rem actio	31
§ 5. B.	Der germanische Eviktionsprocess nach mittelalterlichen Rechtsquellen. Einleitende Bemerkungen	37
§ 6.	Die Gewährleistungspflicht in der Mobiliarklage des deutschen Rechts	41
§ 6 a.	Der Vertrauensmann im Processe mit einem Dritten über die anvertraute Sache	56
§ 7.	Die Gewährleistungspflicht bei der Immobiliarklage des deutschen Rechts, insbesondere die Gewährspflicht des Lehensherrn	70
§ 8. C.	Der germanische Eviktionsprocess als die historische Grundlage der modernen laudatio auctoris	76
	I. Die Glossatoren	79
	II. Die Commentatoren	85
	III. Die französische Schule und der Garantieprocess des modernen französischen Rechts	89
	IV. Die deutschen Praktiker und die deutsche Partikulargesetzgebung bis an das Ende des 18. Jahrhunderts	94

Zusammenhang der nominatio auctoris mit Constantins Constitution vom Jahre 331 zu zerreissen unternommen, indem er im Anschlusse an eine ehemals von den Canonisten gegen die Glosse vertretene Ansicht auf die Unvereinbarkeit der Principien dieses Instituts mit dem Wortlaut und dem wahren Sinn der c. 2 C. cit. hinwies; aber seine Polemik gegen die Fundirung der laudatio auctoris auf das römische Recht scheint noch keine tiefere Würdigung gefunden zu haben, obwohl sie auf das Gesetz ein helles Licht wirft, das den ihm stets gemachten Vorwurf der Dunkelheit und Lückenhaftigkeit als vollständig ungerechtfertigt erscheinen lässt.

Ich suche den Grund hiefür in dem rein negativen Charakter seiner Argumentation, der sich darauf beschränkt, die Unrichtigkeit der Herleitung der laudatio auctoris aus dem römischen Recht darzuthun, ohne gleichzeitig einen positiven Anhalt für die historische Begründung dieses doch unzweifelhaft bestehenden und als praktisch stets bewährten Instituts zu geben.

Die Nothwendigkeit einer Ergänzung der Wieding'schen Darstellung ist schon früher einmal von Schütze[1]) hervorgehoben worden. Derselbe hat nämlich die Vermuthung ausgesprochen, dass die nominatio auctoris in ihrer modernen Gestalt auf einem schon aus der Zeit der Glosse datirenden Missverständniss der c. 2 C. ubi in rem actio beruhe, welches sich unter germanistischen Einflüssen seine Geltung bewahrt habe. Diese Vermuthung hat neuerdings einen bestimmteren Ausdruck bei Aug. S. Schultze[2]) gefunden, der das deutschrechtliche Institut des Ziehens auf den Geweren als die historische Wurzel der nominatio auctoris bezeichnet. Eingehende dogmengeschichtliche Studien über die Entwicklung der laudatio auctoris haben mir die Richtigkeit der von Schultze aufgestellten These zur Gewissheit gemacht und in mir die Ueberzeugung erweckt, dass der germanische Eviktionsprocess und das denselben beherrschende

[1]) In der krit. Vierteljahrsschrift XI. p. 573.

[2]) Schultze, Privatrecht und Process in ihrer Wechselbeziehung p. 572.

Princip der Singularsuccession des Auktors (Geweren, Garanten) in die Parteirolle des auf ihn ziehenden possidens die Interpretation der c. 2 C. cit. beeinflusst und bis auf den heutigen Tag die unverrückbare Basis der nominatio auctoris geblieben ist.

Die Aufgabe, die ich mir in vorliegender Arbeit gestellt, ist im Wesentlichen eine doppelte. Es soll einerseits der Nachweis geliefert werden, dass der modernen laudatio auctoris ein mit den Principien des römischen Processes unvereinbarer Gedanke zu Grunde liegt, dass das römische Recht das Bedürfniss, dem heute die Benennung des Autors dient, vermöge allgemeiner processualer Grundsätze befriedigt, durch die c. 2 C. cit. aber keine Neuerung in der Litisdenunciationstheorie geschaffen, sondern nur die altrömische Maxime der Vertretung Abwesender durch Defensoren ohne Mandat für eine bestimmte Kategorie von Fällen eine festere Präcisirung erhalten habe. Andererseits soll eine kurze Betrachtung der Eigenthümlichkeiten, die der germanische Eviktionsprocess gegenüber dem römischen bietet, die allmähliche Entwicklung der laudatio auctoris aus der nominatio domini der c. 2 C. cit. veranschaulichen.

---

§ 2.

Der Detentor im römischen Vindicationsprocess.

I. Legis actiones.

Nach altrömischem Process, in der legis actio sacramento in rem, konnte der Belangte, gleichviel ob Eigenthümer, juristischer Besitzer oder nur Detentor, den klägerischen Vindicationsakt durch eine Contravindication seiner Wirkung berauben. Mit der Apprehension des Streitobjekts vor dem Prätor, verbunden mit dem feierlichen Parteiurtheil, hanc rem meam esse, war dasselbe in die Gewalt des Klägers übergegangen; blieb nun die Contravindication seitens des Beklagten aus, so war ihm sein Defensionsrecht verwirkt: schwieg der Beklagte oder erkannte er den klägerischen Anspruch ausdrücklich an, so folgte die Addiktion des Streitgegenstandes an den Kläger durch den Prätor.

Hatte aber der Beklagte durch die Vornahme der Contravindication von seinem Vertheidigungsrecht Gebrauch gemacht, so trat der Prätor mit dem Ausspruche „mittite ambo hominem (vel rem)“ vermittelnd zwischen beide Parteien und seine Aufgabe war es nun, dem einen oder andern Theil provisorisch den Besitz zuzusprechen. — Dem Besitzer ohne animus domini war es demnach keineswegs verwehrt,[1]) in die Parteirolle einzutreten, vielmehr haftete er der Vindication, wenn der Kläger bei ihm das Streitobjekt gefunden und ihn in ius vocierte: er musste der in ius vocatio Folge leisten und die angesprochene Sache

[1]) Lotmar, zur legis actio sacramento in rem § 20 p. 56 ff.

vor den Prätor bringen.[1]) Nun stand ihm nichts im Wege und konnte ihm auch sachlich nicht von Nachtheil sein, wenn er, das Unrecht des Klägers und sein Unterliegen im Process mit Sicherheit voraussehend, ihm die durch sacramentum bestärkte Contravindikation entgegensetzte.

Wollte aber der Detentor einerseits der Gefahr aus dem Wege gehen, die deponirte Geldsumme zu verlieren, andererseits sich seiner Verantwortlichkeit gegenüber dem juristischen Besitzer entledigen, so konnte er vielleicht durch Mittheilung der an ihn ergangenen Ladung den possessor auffordern, mit ihm der in ius vocatio Folge zu leisten, um ihm die Last der Processführung abzunehmen. Eine Weigerung seitens des possessor, der Aufforderung des Detentors nachzukommen, berechtigte diesen wohl seinem Contrahenten gegenüber zum Verzicht auf die Defension des Streitobjekts. Ohne besondern Auftrag, womit der juristische Besitzer die Ersatzpflicht für einen etwa ungünstigen Ausgang des Processes übernahm, lag es gewiss nicht im Kreise der Obliegenheiten des Detentors, auf die klägerische sacramenti provocatio durch Einsetzung des sacramentum einzugehen.[2])

Wenn demnach der Zwang zur persönlichen Rechtsfolge für den Belangten auch so weit ging, dass er keinen Vertreter mit der angesprochenen Sache vor den Prätor schicken konnte,[3]) so war es ihm vielleicht doch gestattet, die Contravindication durch eine dritte Person vornehmen zu lassen, die dann freilich nicht in seinem Namen, sondern als Processsubjekt den Process führte.

Einen Beleg für diese These, dass der Geladene auch einen Andern zur Contravindication und Einsetzung des sacramentum beibringen konnte, bietet uns meines Erachtens die actio in auctorem praesentem des Legisaktionenprocesses.[4]) Wurde näm-

---

[1]) Demelius, die confessio im römischen Civilprocess p. 66 ff., Lotmar, cit. p. 133 ff.

[2]) Demelius cit. p. 73.

[3]) Gaius IV, 82; l. 123 pr. D de re iud.

[4]) Vgl. Bechmann, die Geschichte des Kaufs im röm. Recht p. 115 n. 4.

lich der Käufer einer Sache oder eines Rechts, mit welchem die Detention der Sache verknüpft war, in ius vocirt, so musste er dem Verkäufer, der sich durch den Mancipationsakt verpflichtet hatte für jede Anfechtung des übertragenen Rechts einzustehen, die an ihn betreffs des mancipirten Gegenstandes ergangene Ladung mittheilen, von welcher Verpflichtung ihn nur die Unmöglichkeit der Ausrichtung der Denunciation an den Auktor befreite[1]) (auctoritatem defugere).[2])

Mit der Denunciation war die Pflicht des Verkäufers begründet, dem belangten Käufer für einen ungünstigen Ausgang des Processes zu haften, und da dieser bei seiner präsumtiven Unkenntniss der Vertheidigungsmittel es nicht wagen konnte, das sacramentum einzusetzen, und andererseits der Mancipant nicht verpflichtet war, ihm für den Verlust des sacramentum einzustehen, so hatte der auctor nur die Wahl, zur Contravindication vor dem Prätor zu erscheinen oder der actio auctoritatis zu haften. Wahrscheinlich wurde der Kläger unmittelbar nach der in ius vocatio schon darauf vorbereitet, dass nicht der in ius vocatus, sondern eine dritte Person den Process übernehmen werde, indem der Käufer dem Vindicanten seinen Gewährsmann namentlich aufführte (laudatio auctoris); diese laudatio auctoris involvirte vielleicht schon einen Verzicht auf eigene Contravindication mit der Folge, dass, falls der Mancipant und Laudat der Denunciation nicht Folge leistete, die Vindication des actor denselben Erfolg hatte, den sie überhaupt dem indefensus gegenüber herbeiführte. Erschien dagegen der Denunciant mit dem belangten Käufer vor dem Prätor, so wurde wohl der Uebergang des Processes nach stattgehabter Vindication des Klägers durch die actio in auctorem praesentem vermittelt.

---

[1]) l. 29 § 2 D. de evict. (21, 2); c. 8 C. de evict. (VIII, 45); Huschke, über das Recht des nexum, p. 184 n. 274.

[2]) Auctoritatem defugere bezeichnet die Voraussetzung der Regressklage des Käufers gegen den Mancipanten; es umfasst ausser dem hier erörterten Falle das Nichterscheinen des Auctor auf die Privatbenachrichtigung, die Verweigerung der Processübernahme und wohl auch die unglückliche Processführung seitens des zur Defension bereiten Mancipanten. Vgl. Bechmann cit. p. 116.

Hatte der Laudat nämlich die Frage des in ius vocatus: „quandoque te in iure conspicio, postulo anne fuas auctor“ bejaht, so erstreckte sich der Vindicationsakt mit all seinen Wirkungen auf ihn, so dass der Laudant ganz aus dem Processe ausschied.[1])

II. Formularprocess.

Während der Vindicant zur Zeit der legis actiones, wenn sein Gegner nur der Ladung folgte, und das streitige Objekt in iure anwesend war, rechtskräftige Entscheidung der Eigenthumsfrage gegenüber diesem in ius vocatus verlangen konnte, der demnach weder juristischer Besitzer noch auch nur Detentor zu sein brauchte, war im Formularprocess die Constatirung der facultas restituendi bei dem Beklagten nothwendige Voraussetzung des richterlichen Urtheils.[2])

In der vom Prätor ertheilten formula in rem petitoria kam allerdings nur die Behauptung des klägerischen Eigenthumsrechts zum Ausdruck, während des Beklagten keine Erwähnung geschah.[3]) Aber der Restitutionsbefehl des iudex konnte doch nur von Wirkung sein, wenn der Beklagte, gegen den die formula ertheilt war, facultas restituendi hatte. Es war desshalb eine der Hauptaufgaben des iudex, sich zu vergewissern, ob der vom Kläger Belangte der richtige Beklagte im Vindicationsprocesse sei.[4])

Der Kläger hatte vor Allem in iudicio den Nachweis zu führen, inwiefern er von dem Beklagten Restitution hoffen könne. Von diesem Beweis befreite ihn einerseits die Arglist des Beklagten. Hatte derselbe nämlich in der Absicht, in dem Kläger den Glauben zu erregen, dass er Besitzer sei, irgend welche

[1]) Huschke, cit. p. 185; Rudorff, Römische Rechtsgeschichte I. p. 131; v. Bethmann-Hollweg, Handbuch I p. 133, Bechmann cit. p. 117.

[2]) Schlesinger in der krit. Vierteljahrsschrift VII p. 472.

[3]) Gaius IV, 87.

[4]) l. 9 D. de rei vind; l. 36 D. eod., l. 27 D. eod.; Demelius, die confessio § 25 p. 322 gegen die besonders von v. Bethmann-Hollweg II p. 245 ff. vertretene Ansicht, nach der der Beklagte auf eine interrogatio in iure (seitens des Prätors) sich erklären müsse, ob er besitze.

die Täuschung des Klägers bezweckende Handlungen vorgenommen, so haftete er dem Kläger ex dolo als Einer, qui liti se obtulit — es hätte denn der Vindicant um die Nichtexistenz des Besitzes bei dem Beklagten selbst gewusst.[1]) Andererseits wurde der Nachweis der facultas restituendi durch die Constatirung der dolosen Besitzentäusserung seitens des Beklagten ersetzt.

In allen andern Fällen hatte das Abläugnen des Besitzes durch den Beklagten die Abweisung des Klägers zur Folge, wenn er es nicht unternahm, den Beklagten des Besitzes zu überführen. Gelang ihm dagegen dieser Beweis trotz des Abläugnens des Besitzes seitens des Beklagten, so trat sofortige translatio possessionis ein, ohne dass es einer Erhärtung seines Anspruchs bedurft hätte. Dieser Verlust des commodum possessoris erschien nach Formularprocessrecht nicht sowohl als eine poena mendacis possessoris, denn als eine Folge der in der Abläugnung des Besitzes liegenden Weigerung des Beklagten, den Process mit der Leistung der satisdatio iudicatum solvi übernehmen zu wollen, die einem förmlichen Defensionsverzicht gleichbedeutend ist.[2])

Aus l. 9 D. de rei vind. geht hervor, dass die Passivlegitimation im Vindicationsprocess sowohl dem juristischen Besitzer als dem Detentor zukommt. Freilich wird es der Kläger immer vorziehen, den juristischen Besitzer zu belangen, wenn ihm bekannt ist, dass der mit der facultas restituendi Begabte sich nur auf Grund eines obligatorischen, zur baldigen Restitution verpflichtenden Vertrags in der Detention des Streitobjektes befindet. Denn während ein gegen den Detentor als Beklagten ergangenes Urtheil für den juristischen Besitzer nur dann Rechtskraft hat, wenn er sich in der Lage befunden, durch Theilnahme am Processe seine Vertheidigungsmittel geltend zu machen, ist ohne Zweifel die in dem Processe zwischen Vindicanten und juristischen Besitzer gefällte Sentenz auch für den nudus detentor bindend.

[1]) l. 25 D. de rei vind., l. 26 D. eod.; l. 45 D. de hered. pet.

[2]) l. 156 pr. D. de reg. iur.; l. 80 D. de rei vind.; Demelius, cit. p. 330; Briegleb, summarische Processe § 64 p. 281.

Andere Gesichtspunkte kommen jedoch zur Geltung, wenn der juristische Besitzer die Detention einem Andern auf Grund eines ihm eingeräumten dinglichen Rechts überlassen hat. Allerdings steht auch hier der Belangung des juristischen Besitzers nichts im Wege, aber der Dinglichberechtigte, der von dem Rechtsstreite nicht rechtzeitig unterrichtet gewesen oder aus sonst welchem Grunde seine Interessen im Rechtsstreite nicht wahrnehmen konnte, hat die Befugniss, die ihm etwa bekannten Einreden, die sein Auctor vorzubringen unterlassen, in einem selbständigen zweiten Processe geltend zu machen und hier auch die dispositiven Akte, durch die der juristische Besitzer das Streitverhältniss beendet, ihrer Wirkung zu berauben. Demnach ist es für den Vindicanten ohne Zweifel vortheilhafter, seine Klage gegen den Dinglichberechtigten zu richten, weil er von dem Urtheil, das gegen diesen erging, wenigstens vorläufig Restitution erlangen kann.

Ist aber der Besitzer ohne animus domini auf Herausgabe der detinirten Sache einmal belangt, so gilt es für ihn, die Interessen seines Gegencontrahenten an dem Streitobjekt zu wahren, unter Umständen aber auch sich selbst einen regressorischen Anspruch an diesen zu sichern. In den meisten Fällen wird seine facultas restituendi, auf Grund deren er im Vindicationsprocess Beklagter ist, mit seinem Mangel an facultas defendendi in Collision kommen.

Hat der Beklagte ein rechtlich verfolgbares Interesse an dem Besitz, ein dingliches Recht an dem Streitobjekt oder ein persönliches Recht auf den Besitz,[1]) so steht ihm im Falle der Eviktion des detinirten Gegenstandes ein Regressanspruch an seinen Auctor zu. Eine Voraussetzung dieses Anspruchs ist die Anwendung aller Sorgfalt in der Processführung (vergl.

[1]) Dies gilt besonders von dem Emphyteuta, dem Superficiar, dem Usufruktuar v. l. 1 § 5 D. de superf. (43, 18); l. 66 pr. D. de contr. empt. (18, 1); l. 5 D. de evict (21, 2); von dem Faustpfandgläubiger, der mit der actio pigneraticia contraria von dem Pfandschuldner Entschädigung für das evincirte pignus verlangen kann v. l. 16 D. de pign. act. (13, 7); ohne Zweifel auch vom Miether, dem der Vermiether ex conducto haftet, v. l. 9 D. loc. cond. (19, 2).

l. 9 D. loc. cond. (19, 2) si fundus sit evictus sine dolo malo culpaque ejus). Das Unterlassen der Denunciation an den Auctor ist jedoch für den Beklagten im Eviktionsprocess zur Zeit der formulae nur dann mehr von Nachtheil, wenn der Auctor den Nachweis zu führen im Stande ist, dass seine Dazwischenkunft ein günstigeres Urtheil herbeigeführt hätte; die Litisdenunciation ist jetzt ein formloser Privatakt zwischen Käufer und Verkäufer, der keineswegs die Wirkung haben kann, dem Kläger eine dritte Person als Gegner aufzudrängen. Sie bezweckt an sich nur mehr, die Unterstützung der Hauptpartei herbeizuführen und der regresspflichtigen Partei die Möglichkeit an die Hand zu geben, durch eine rechtzeitige Intervention dem Beklagten den Sieg im Eviktionsprocess zu erwirken; demgemäss ist sie auch nicht mehr mit Ablauf einer bestimmten Frist präcludirt, sie kann ebensowohl nach wie vor der litiscontestatio erfolgen.

Die Befugnisse des Intervenienten im Eviktionsprocesse gingen nicht weiter, als es ihr ursprünglicher Zweck erheischte, sie beschränkten sich auf blosse Assistenz, der Intervenient des Formularprocesses war ein Beistand der Hauptpartei, die Gültigkeit seiner Processhandlungen war geknüpft an die Zustimmung der Hauptpartei, er hatte nicht das Recht der processualen Stellvertretung im Falle der Säumigkeit des Hauptbeklagten, er war nicht befugt, gegen dispositive Akte, welche die Hauptpartei schon vor seinem Beitritt zu dem Processe vorgenommen, gültigen Widerspruch einzulegen, dieselbe konnte demnach durch Geständniss, Eid, Abschluss eines Vergleiches die ganze Thätigkeit des Intervenienten unwirksam machen. Offenbar war die Stellung des Intervenienten eine durchaus abhängige und zum Schutze der Interessen des juristischen Besitzers nicht ausreichend. Die einzige Befugniss, die dem Intervenienten unabhängig von dem Willen der Hauptpartei zustand, war das Recht der Appellation gegen das in erster Instanz ergangene Urtheil.[1])

Noch viel mehr tritt die Unbilligkeit einer solchen Beschränkung der Rechte des juristischen Besitzers hervor, wenn der Beklagte blosser Detentor ohne ein Recht auf den Besitz

[1]) Schultze, Die rechtliche Stellung des Nebenintervenienten. p. 38.

des Streitobjekts ist, also auch keinen Regressanspruch an Jenen für den ihm rechtlich abgestrittenen Besitz, wohl aber die strenge Verpflichtung hat, die ihm anvertraute Sache zu restituiren. Hier tritt neben die Nothwendigkeit eines wirksamen Schutzes der Interessen des juristischen Besitzers noch der Gesichtspunkt, dass dem Detentor ein Mittel gegeben sein muss, sich von diesem Processe, den er auf eigenes Risico für eine fremde Sache führen würde, loszumachen, ohne dabei jedoch seine contraktlichen Pflichten gegen den juristischen Besitzer oder seine processualen gegen den Kläger zu verletzen.

In der Struktur der formula war ein solches Mittel gelegen, das es dem Beklagten ermöglichte, zu jeder Zeit aus dem Processe auszuscheiden, um den höheren Interessen einer dritten Person ihr volle Geltendmachung in demselben Rechtsstreit zu erleichtern. Der Beklagte bestellte den juristischen Besitzer zum procurator in rem suam, liess die condemnatio auf seinen Namen stellen und übertrug ihm hiemit das dominium litis.[1])

Der Akt dieser Bestellung konnte recht wohl, wie die blosse Intervention, durch eine Benachrichtigung des dominus possessionis von dem schwebenden Rechtsstreite vermittelt werden. Der Prokurator übernahm auf eigene Rechnung die Processführung; Zustimmung oder Widerspruch der Gegenpartei war ganz irrelevant.[2])

Dieser Eintritt einer dritten Person in den schwebenden Rechtsstreit mit der Wirkung, dass der Beklagte von jeder ferneren wirksamen Theilnahme am Processe ausgeschlossen war, konnte selbst noch post litem contestatam geschehen durch eine nachträgliche Umschreibung der Formel auf den Namen des Prokurator (translatio iudicii). Der Process ging dann mit all seinen Gefahren auf den Prokurator über, der durch das iudicium acceptum oder durch die translatio iudicii die Sache aus einer fremden zu seiner eigenen gemacht hatte, die actio iudicati wurde folgerichtig nicht gegen den Beklagten, sondern gegen den procurator in rem suam gerichtet.[3])

[1]) v. Bethmann-Hollweg II. § 100 p. 426.

[2]) l. 3 D. X, 2 (fam. erc.)

[3]) l. 61 D. de procur. (III, 3).

Da der Formularprocess keinen Zwang zur Herausgabe des Streitobjekts kannte, der dominus litis vielmehr durch Erlegung der richterlichen Geldästimation sich von der Pflicht zur Naturalrestitution befreien konnte, so hatte selbst der Dinglichberechtigte kein Interesse, in dem Processe zu verbleiben, um die Processführung seines Auctors zu überwachen; andrerseits war es ja dem Beklagten, der das litis dominium auf den juristischen Besitzer übertragen hatte, unverwehrt demselben im Processe, besonders auch in iudicio, in der Stellung eines Intervenienten zu assistiren.[1])

III. Justinianeisches Recht.

Eine fundamentale, für den Stand unserer Frage sehr wichtige Aenderung, die der römische Process mit der Antiquirung der formulae erfuhr, war die Abschaffung der Geldcondemnation. Während früher die Verweigerung der Naturalrestitution für den Condemnaten nur dann nachtheilige Folgen hatte, wenn die eventuelle Geldästimation den wahren Werth des Streitobjekts überstieg, konnte jetzt der Richter, dessen Sentenz nun direkt auf Naturalleistung lautete, die Herausgabe der Sache allenfalls auch erzwingen.

Der dominus possessionis konnte sich zwar auch jetzt noch zum procurator in rem suam bestellen lassen.[2]) Aber dies zur Zeit der formulae so wichtige Mittel, dem Beklagten das Ausscheiden aus einem Processe zu ermöglichen, welcher kein ökonomisches Interesse für ihn hatte, hatte mit der Abschaffung der Geldkondemnation viel an Bedeutung verloren. Nachdem das von dem Kläger gegen den juristischen Besitzer erstrittene Urtheil auf Herausgabe der Sache selbst ging und demgemäss auch gegen den Detentor direkt erzwungen werden konnte, blieb der Beklagte, soweit er ein Recht auf den Besitz hatte, an dem Ausgang des Processes interessirt. Von dem Urtheil, das gegen den juristischen Besitzer erging, hing es doch wenigstens ab,

[1]) Gaius IV, 48; vgl. noch Schultze cit. p. 37; l. 21 § 2 D. de evict.

[2]) l. 4 D. de re iud. (42, 1); l. 13 § 1 D. de pactis (II, 4).

ob er nicht statt der Erhaltung des Besitzes sich mit einem Regressanspruche begnügen musste.

Andererseits hatte sich jedoch mit der Beseitigung der formulae das Institut der Intervention zu einer processualen Stellvertretungsbefugniss entwickelt, so dass der Intervenient berechtigt war nicht bloss causae adesse, sondern auch causam agere.

Ohne selbst Partei zu sein, steht der Intervenient vollständig gleichberechtigt neben dem Hauptbeklagten, soweit es sich um seine Vertheidigung handelt. In Bezug auf die zweitägige Appellationsfrist, die Jedem, der eine propria causa verfochten, im Gegensatz zu dem alieno nomine agens zusteht, ist deshalb der Intervenient dem procurator in rem suam völlig gleichgestellt. [1])

Demgemäss konnte denn der Intervenient auch gegen den Willen der Hauptpartei Rechtsmittel einlegen, ja er hatte sogar im Falle ihrer Säumigkeit die Befugniss, den Process in erster Instanz zu führen. Aus einem Beistande, dessen Processhandlungen nur durch ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung der Partei Kraft erlangen, war der Intervenient Stellvertreter der Partei kraft eigenen Rechts geworden, indem er sein Interesse an einem günstigen Verlaufe des Processes unabhängig von dem Widerspruch der Hauptpartei geltend machen konnte. Hatte daher der juristische Besitzer gleiches Interesse an der Erhaltung des Besitzes, wie der beklagte Detentor, so reichte eine Intervention zur wirksamen Vertretung seiner Rechte völlig hin. War er dagegen der vorwiegend interessirte Theil, so hinderte auch jetzt den Beklagten nichts, ihn zum procurator in rem suam zu bestellen und sich selbst auf die Rolle eines Intervenienten zu beschränken.

Resultat.

Wenn auch im römischen Civilprocess principiell die Möglichkeit anerkannt ist, den Detentor in seiner Eigenschaft als

[1]) l. 1 § 11 D. 49, 4 (quando app.); l. 2 § 1 D. eod; vgl. Schultze cit. p. 35 ff.

solchen auf Herausgabe des Streitobjekts zu belangen, in praxi wird der Vindicant doch seine Klage immer gegen den juristischen Besitzer richten, falls ihm dieser nur bekannt ist. Bei Detentoren unbeweglicher Sachen wurde sogar präsumirt, wie sich aus der von mir später zu interpretirenden c. 2 C. III, 19 ergibt, dass der Vindicant, wenn er sie in ius vocirte, sie nicht wegen ihrer facultas restituendi, also nicht proprio nomine belangen wollte, sondern in ihrer Eigenschaft als Besitzstellvertreter und präsumtive Defensoren ihres dominus possessionis.

Dagegen mag eine Vindication gegen den Detentor einer beweglichen Sache, den Depositar, Commodatar etc. häufiger stattgefunden haben, weil bei ihm der Mangel des animus domini oder des Interdiktenschutzes in den meisten Fällen nach aussen gar nicht sichtbar ist. Uebrigens kann ja hier der Kläger leicht erfahren, ob der mit facultas restituendi Begabte nur Detentor oder juristischer Besitzer, wenn er vor Anstellung der Vindication von seinem Rechte Gebrauch macht mit der actio ad exhibendum gegen den tenens vorzugehen, und über die Person des Interdiktenbesitzers von dem Detentor Auskunft erhalten, falls diesem daran gelegen ist, sich von dem drohenden Vindicationsprocess loszumachen.

Hat aber der Vindicant seine Klage einmal gegen den Detentor angestellt, so steht dem juristischen Besitzer, der in Folge eines gegen seinen Detentor ergangenen condemnatorischen Urtheils das commodum possessoris verloren, nichts im Wege, seinen etwaigen Eigenthumsanspruch nun selbst als Vindicant gegen den in Besitz gesetzten früheren Kläger geltend zu machen: principiell ist er demnach an die Processführung des Detentors nicht gebunden.

Anders kann sich die Sache gestalten, wenn der beklagte Detentor die ihm obliegende Pflicht, den juristischen Besitzer von dem gegen seine Sache schwebenden Rechtsstreite zu benachrichtigen, erfüllt hat und dieser seinerseits in der Lage war, der Denunciation zu folgen und durch Intervention oder Uebernahme des Processes seine Interessen zu wahren.

Ist nämlich der dominus possessionis von der Processführung des Detentors unterrichtet und nicht verhindert, zur Unterstütz-

ung desselben herbeizueilen oder ihm einen Auftrag betreffs der Wahrnehmung seiner Interessen zu ertheilen, so hat die Denunciation die Folge, dass einer späteren Klage von seiner Seite die exceptio rei iudicatae entgegensteht: es wird in diesem Falle angenommen, dass der juristische Besitzer den Detentor stillschweigend bevollmächtige, den Process allein mit Rechtskraft für ihn zu führen.[1]) Desgleichen steht dem dominus possessionis die exceptio rei iudicatae entgegen, wenn er als Intervenient sich an dem Processe zwischen Vindicanten und Detentor betheiligt.[2])

Ist dagegen das Ausbleiben des possessor auf die Denunciation des Detentors unverschuldet oder eine solche gar nicht ergangen, so ist der Process für ihn eine res inter alios acta.[3])

Die Nichtbeachtung der Denunciation ermächtigt jedoch den Detentor nicht, die Sache ohne einen Versuch der Vertheidigung dem Kläger zu überlassen, vielmehr haftet er dem dominus possessionis für jede culpa in der Processführung. Er kann demnach, selbst wenn er kein eigenes Recht auf die Sache geltend zu machen hätte und selbst ohne Auftrag des juristischen Besitzers, den Process als Beklagter durchführen. Er ist dem possessor gegenüber verpflichtet, die ihm dienlich scheinenden Einreden und Gegenbeweismittel vorzubringen, oder falls ihm solche nicht zu Gebote stehen, dem klägerischen Anspruch mit blossem Läugnen zu begegnen.[5])

[1]) l. 63 D. de re iud. (42, 1); Schultze cit. p. 39 u. 77.

[2]) l. 63 D. de re iud. Diese Stelle allein genügt schon, Wetzell's (Civilprocess p. 55) Zweifel, ob dem Autor, der um die Processführung seines Detentor gewusst, die exceptio de re secundum se iudicata entgegenstehe, zu beseitigen.

[3]) l. 1 u. 4 C. VII, 56; l. 4 § 4 D. de app. 49, 1; v. Bethmann-Hollweg II. p. 65.

[4]) l. 28 C. III, 32 (de rei vind.); l. 8 C. (III, 42).

[5]) Fuchs, Lehre von der Litisdenunciation p. 127; Brieglob, Summar. Proc. p. 280.

§ 3.

Ulpian und Pegasus in der l 9 D de rei vind.

Die in der l 9 D cit. vorgetragene Theorie des Pegasus, die nur dem durch possessorische Interdikte geschützten Besitzer die Eigenschaft des richtigen Beklagten im Vindicationsprocess zuspricht, hat eine Anzahl von Streitfragen hervorgerufen, deren Erörterung für uns um so wichtiger ist, als von der Stellung, die man zu ihnen nimmt, die Interpretation der c. 2 C. III, 19 wesentlich beeinflusst wird.

Dass Ulpian die Behauptung des Pegasus geradezu verwirft, nicht bloss modificirt oder erläutert, lässt sich nicht verkennen; Ulpian bezeichnet als das Entscheidende für die Passivlegitimation nicht den Interdiktenschutz, sondern die Detention und facultas restituendi.[1])

Die Consequenz der pegasianischen Anschauung ist offenbar die, dass man dem Depositar, Commodotar, Miether etc. (quia hi omnes non possident) das Recht geben müsste, dem Kläger zu antworten se non possidere und sich damit von der Klage frei zu machen, dass man den Detentor, der sich auf die Klage einliesse, der Vindication nur als Einen qui liti obtulit (ex dolo) haftbar machen könnte.[2])

[1]) Demelius, die confessio p. 74; Schlesinger in der krit. Vierteljahrsschr. VII p. 472 gegen Emminghaus, Archiv für praktische Rechtswissenschaft V p. 127; v. Bethmann-Hollweg I § 40 p. 132.

[2]) Vangerow, Leitfaden § 332 p. 64 in f. gegen die Pegasianer, dessen Ansicht auch Holzschuher, Theorie und Casuistik II p. 314 adoptirt hat.

Die Durchführung dieser Theorie hätte die unbilligste Härte gegen den Kläger zur Folge. Der Vindicant, dem doch der sicherste Anhaltspunkt für die Erlangung der Restitution das faktische Innehaben ist, gleichviel ob mit oder ohne animus domini, müsste, von dem Detentor mit dem Bemerken abgewiesen, dass er nicht der richtige Beklagte sei, einfach weiter suchen, bis er den Interdiktenbesitzer, dessen Ansprüche auf die Sache nach Aussen vielleicht gar nicht hervortreten, gefunden hätte. In der That ist auch Glück[1]) der Meinung, dass vor Erlass der c. 2 C. III, 19 der Detentor „in iure interrogatus an possideat“,[2]) wenn er vorschütze, se non possidere, dem Prätor seinen Autor habe benennen müssen, widrigenfalls er zur Strafe „seines Ungehorsams“ der klägerischen Vindication gehaftet habe.

Nicht besser gelungen ist die von Emminghaus[3]) versuchte Interpretation der l. 80 D. de rei vind, der die Behauptung des Detentors se non possidere als eine Einrede auffasst, deren Beweis ihm zukomme, so dass die Benennung des Autors an den Kläger praktisch wohl immer folgen müsse[4]).

Nach Wirsing[5]) wäre die pegasianische Doktrin im Princip die einzig richtige, die Ulpian'sche jedoch vor der c. 2 C. III, 19 praktisch zweckmässiger und desshalb allgemein anerkannt gewesen, weil sie dem Vindicanten die Möglichkeit gab, auch gegen den Detentor aufzutreten, während ihn früher der Hinweis des Belangten auf seine nuda detentio einfach abgewiesen hätte[6]).

[1]) Glück, Pandektencommentar VIII p. 196.

[2]) Vgl. gegen diese unzulässige Ausdehnung der interrogationes in iure besonders die neuesten Forschungen von Demelius cit. a. a. O. p. 338 gegen Mittermaier, Archiv für civil. Praxis III, p. 402 u. A., die sich in dieser Frage an Glück anschliessen.

[3]) Emminghaus, Zeitschr. für Civilr. und Civilprocess. N. F. XVIII, p. 435.

[4]) Aehnlich Kori, Archiv XXVII. p. 327.

[5]) Wirsing, über das Wesen und die processuale Natur der nominatio auctoris nach gem. R. p. 20.

[6]) Die Glossatoren sind sich über die Passivlegitimation des Detentors stets einig gewesen, vgl. z. B. Azonis summa in tertium librum cod. p. 51 b. Instituitur rei vindicatio contra eum, qui habet civilem et naturalem pos-

Alle Anhänger des Pegasus stimmen in dem Resultat überein, dass es sich der Kaisergesetzgebung als ein unabweisbares Bedürfniss dargeboten habe, ein Mittel gegen die in seiner Doctrin liegenden Härte zu finden.

---

sessionem, vel civilem vel naturalem. — Dabei verfielen allerdings Einige in das andere Extrem, indem sie dem civiliter tantum possidens, der sich der naturalis possessio entäussert hatte, geradezu die Passivlegitimation absprachen. Von diesen redet Accursius in seiner Glosse zur c. 2 C. cit: sed an contra civiliter tantum possidentem detur rei vindicatio? quidam dicunt quod sic, et fiat missio in rem pro civili tantum, si non veniat qui defendat . . . Alii dicunt non teneri rei vindicatione eum qui tantum civiliter possidet, cum non habeat facultatem restituendi. — Wir werden unten auf die unter den Glossatoren über diese Frage herrschenden Differenzen zurückkommen, es genüge einstweilen, die für den bisherigen Stand der Sache wichtigsten Punkte angedeutet zu haben.

§ 4.

Die gemeinrechtliche laudatio auctoris und Constantins Constitution vom J. 331 (c. 2 C. III, 19).

I. Die sog. laudatio seu nominatio auctoris.

Ich glaube oben den Nachweis geführt zu haben, dass das römische Recht im Vindicationsprocess dem Detentor eine Stellung anwies, die es ihm möglich machte, je nach der Intensität seines Interesses am Besitz entweder den possessor zur Intervention aufzufordern oder ihm die ganze Processführung auf eigene Rechnung zu übertragen. Dabei ist zugegeben, dass die Denunciation an sich noch nicht entschied, in welcher Eigenschaft der Denunciat in den Process eintreten sollte, sie konnte ebensowohl ein Ausscheiden des Beklagten aus dem Process, als eine Intervention des possessor vermitteln. Dagegen konnte sie nie eine vollständige Singularsuccession in die Parteirolle zur Folge haben, in beiden Fällen blieb der Denunciant formell wenigstens insofern noch Processsubject, als das gegen den possessor ergangene Erkenntniss auch gegen ihn vollstreckbar war.

Im Anschluss an die Glossatoren und Commentatoren hält aber Theorie und Gesetzgebung noch heute an der Ansicht fest, dass mit der l. 9 D. de rei vind. die Frage der Passivlegitimation des Detentors im römischen Process noch nicht abgeschlossen sei. Von der Glosse bis auf die namhaftesten neueren Processualisten wollte man in der bereits erwähnten Constitution Constantins eine Vorschrift für das Verhalten des Detentors im Vindicationsprocess entdeckt haben, die zu einem wirksamen Schutz der Interessen des possessor sowie zur Sicherung des beklagten Detentors vor Regressansprüchen oder zur Befreiung desselben von einem Processe, dessen Ausgang ihm gleichgiltig wäre, gedient und damit ein dringendes Bedürfniss befriedigt hätte.

Dass die gemeinrechtliche Praxis Detentor und possessor nicht ihren Interessen entsprechend im Vindicationsprocess berücksichtigt fand, erklärt sich meines Erachtens grossentheils aus der Abschwächung, die das Institut der Intervention allmählich erfuhr, sowie aus der Antiquirung des Rechts einer Partei, eine dritte Person zum procurator in rem suam zu bestellen.[1])

Die Nebenintervention bietet vorzüglich in den Fällen, wo der juristische Besitzer allein ein Interesse an der Erhaltung des Besitzes hat, keine hinreichende Garantie für die wirksame Geltendmachung seiner Rechte — andrerseits ist es mit den modernen processualen Principien unvereinbar, dass eine dritte Person ohne Zustimmung der Gegenpartei den Process auf eigene Rechnung unter Ausschluss der Möglichkeit einer ferneren wirksamen Betheiligung der Hauptpartei übernehmen könnte.

Mit dem Wegfall des litis dominium in der Person des Prokurator ist eine Singularsuccession in die Parteirolle, als welche uns praktisch eben doch die Bestellung eines procurator in rem suam erscheint, ohne Zustimmung der Gegenpartei unmöglich geworden. Somit ist es unzweifelhaft, dass die Praxis ein Institut schaffen musste, das dem Detentor die Möglichkeit an die Hand gab, sich von der Last eines Processes zu befreien, den er doch nur für eine fremde Sache führen würde, und zugleich dem Zwecke diente, den juristischen Besitzer möglichst unabhängig von dem Willen der Hauptpartei in dem Vindicationsprocesse zu stellen. Der Fehler war nur, dass man in der justinianischen Compilation nach einer Bestimmung suchte, die den Detentor berechtigte „durch Benennung seines Auktors“ vor Gericht sich von aller Verantwortung gegenüber dem Kläger sowohl wie dem dominus possessionis frei zu machen. Und diese Bestimmung, die noch heute fast unbestritten als Grundlage

[1]) Schultze, Nebenintervention p. 40 ff.

der Lehre von der laudatio auctoris anerkannt ist, glaubte man in der c. 2 C. ubi in rem actio (III, 19) gefunden zu haben. — Die Anhänger der pegasianischen Doktrin[1]) fühlten am dringendsten das Bedürfniss, in der römischen Kaisergetzgebung eine Vorschrift zu entdecken, die der unbilligen Benachtheiligung des Klägers gegenüber dem Detentor Schranken setzte; dem Detentor sollte nach der c. 2 C. cit. die Behauptung se non possidere, nur dann etwas nützen d. h. zur Befreiung vom Processe verhelfen, wenn er damit die Benennung seines Autors verbunden und so dem Kläger den richtigen Beklagten zugeführt hätte.

Räumt man aber die Passivlegitimation des Detentors im Vindicationsprocess ein, so lässt sich für den römischen Process die Nothwendigkeit einer gesetzgeberischen Neuerung nicht nachweisen. Man spricht von einer Rechtswohlthat, die dem Detentor durch die c. 2 cit. verliehen, vermittelst deren er sich von einem seine Interessen nicht berührenden Processe hätte befreien dürfen — und vergisst, dass das römische Recht diesen Zweck, soweit er wirklich Berücksichtigung verdient, vermöge allgemeiner processualer Principien erreicht[2]).

II. Die gemeinrechtliche Interpretation der c. 2 C. ubi in rem actio.

Als Grundlage für die Interpretation der c. 2 C. cit. galt der gemeinrechtlichen Doktrin die l. 9 D. de rei vind.

Schon ein Theil der Glossatoren, an ihrer Spitze Jrnerius und Placentinus, erklärten den alterius nomine possidens immobilem rem der c. 2 C. cit. für identisch mit den dort von Pegasus aufgeführten Detentoren. Andrerseits finden wir im Gegensatz zur neuesten Doktrin die Ansicht von der Glosse sehr scharf betont, dass juristische Besitzer, wie Emphyteuta,

---

[1]) Dass die falsche pegasianische Theorie unter den deutschen Praktikern so viel Anklang gefunden, ja noch jetzt namhafte Vertreter zählt, das dankt sie meines Erachtens lediglich dem Einflusse der c. 2 C. cit., wie ich später zu zeigen versuchen werde. Vgl. Windscheid, Pandekten I. § 196. Anm. 5.

[2]) Schütze cit. p. 576; Wieding cit. p. 645.

Pfandgläubiger oder Rechtsbesitzer, wie Superficiar, Usufruktuar unter den alterius nomine possidentes nicht mit inbegriffen sein könnten[1]). Freilich ist nicht zu leugnen, dass die in neuester Zeit besonders von Bayer (Vorträge § 48 p. 151), Kannengiesser (die processhindernde Einrede p. 11), Kohler (krit. Viertelj. XXII. p. 385) u. A. vertretene Anschauung, die dem Dinglichberechtigten und Detentor ohne Unterschied das Recht der nominatio auctoris zuspricht, bereits an der Glosse des Azo eine mächtige Stütze findet. Vgl. Azonis summa eiusd. tit. C. p. 52 pr. nec distinguo in eo qui rem immobilem detinet nomine alieno, habeat ius in re an non.

Derselbe Azo hat in seiner Summa den Grund gelegt zu der nachmalig ganz unbestritten angenommenen Ausdehnung der nominatio auf die Detentoren beweglicher Sachen.[2])

Die Aufnahme der c. 2 C. III, 19 in die Dekretalen des corpus iuris canonici rechtfertigt eine solche angeblich durch die Gleichheit des Bedürfnisses gebotene Erweiterung des Gesetzes durchaus nicht.[3]) Doch neigten sich die Canonisten meist der Ansicht zu, dass man auch für den alieno nomine possessor rei mobilis das Gesetz gelten lassen müsse.[4])

So lange man über die Passivlegitimation des Detentors nicht im Zweifel war, konnte man die nominatio auctoris nur

---

[1]) Hugolinus bei Haenel, diss. dom. § 140 p. 369. Intellegitur illud in colono vel in eo qui tamquam colonarius possidet; nam si tamquam emphyteuticarius vel superficiarius nominando dominum in iudicio non liberatur, sed defendere cogitur; nam cum utiliter in rem agat, non est absurdum... Fortius ad propositum facit, quod alias de creditore dicitur, qui respectu iuris quod habet agere principaliter et defendere potest... et quod dicitur de usufructuario, qui respectu iuris quod habet. tenetur ad exhibendum.

[2]) Hugolinus bei Haenel, diss. dom. § 143; prima Bartoli super C. ubi in rem actio p. 118 b § 6 ff. ex identitate rati onis possumus beneficium huius legis ad possessores res mobilis extendere.

[3]) c. 5 § 7 X ut lite non cont. II, 6. quod si super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas res possidet nomine alieno.

[4]) Tancredus (bei Bergmann, Göttingen, 1842 ord. iud. (p. 138) sed pone ipsum, qui rem alienam possidet nomine alieno. — Pillius, de ord. iud. (ebendas. p. 83).

als ein Recht desselben auffassen; in der That nahmen auch die Glossatoren und Commentatoren keinen Anstand, das Gesetz als ein beneficium zu bezeichnen, dessen Nichtgebrauch den Detentor nur dem dominus possessionis verantwortlich mache.[1]) Dieser Ansicht schliessen sich die meisten neueren Processualisten an.[2]) Anders die Pegasianer, wie Glück, Mittermaier etc., die in der Nomination eine Pflicht für den Detentor sehen, deren Nichterfüllung ihn nicht bloss dem dominus possessionis, sondern auch dem Kläger verantwortlich machen würde. So meint Glück (cit. p. 198), der Detentor, der die Nomination unterlasse oder sich weigere, seinen Autor zu nennen, würde dem Kläger wie ein liti se offerens haften.[3])

Die wichtige Vorschrift, dass der dominus nominatus sich vor das Gericht der belegenen Sache (in loca, in quibus praedium situm est) zu verfügen habe, um dort den Process mit dem Vindicanten aufzunehmen, eine Bestimmung, die anscheinend gegen den Grundsatz „actor forum rei sequitur“ verstösst, ist von der gemeinrechtlichen Doktrin nur wenig beachtet worden. Wetzell[4]) sieht darin mit Recht eine Aufrechterhaltung der durch den alieno nomine possidens einmal begründeten Competenz des forum des Besitzstellvertreters und nicht die Einführung des forum rei sitae[5]) oder eine Vorbereitung desselben.[6]) Unrichtig

---

[1]) Azonis summa cit.: ubi tamen aliquis rem immobilem possidet nomine alieno et convenitur rei vindicatione, permittitur ei (vel forte debet, ut dicit litera, ne alioquin teneatur domino locati) ut intra certum diem etc. — Prima Bartoli oben cit. — Hubertus Giphanius ad tit. Cod. p. 157. ratio autem huius legis id est, cum possessor rei alienae convenitur actione in rem, dominum laudare sive nominare debeat aut possit.

[2]) Vgl. Linde, Abhandlungen, I. p. 12; Flach, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. XVII p. 158; Briegleb, Summar. Proc. p. 282 und dagegen Wieding, p. 631; Brinz, Pandekten § 167 p. 651.

[3]) Vgl. dagegen Vangerow p. 647.

[4]) Wetzell, System p. 57.

[5]) So Wieding cit. p. 637.

[6]) So Bethman-Hollweg, Versuche p. 59; vgl. gegen Wieding Hugolinus bei Haenel § 143. ego autem dico, quod non trahitur invitus, si ibi non inveniatur (sc. dominus nominatus); immo in suo foro respondebit et condemnabitur, si hoc iustum visum fuerit, et iudex dabit

ist es aber meines Erachtens, mit Wetzell, Kannengiesser u. A. aus jener Vorschrift schliessen zu wollen, dass der alieno nomine possidens das eigentliche Processsubjekt sei und auch nach der Uebernahme des Processes durch den dominus possessionis noch bleibe.

Freilich müssen die Principien der modernen laudatio auctoris, zu deren Erläuterung man auch jetzt noch die c. 2 C. cit. herbeiholt, diesen Gedanken nahe legen: sowie man von einer Einheit zwischen der nominatio domini der Constitution und der litis denunciatio redet, sowie man betont, dass ja das gegen den Auctor ergangene Erkenntniss auch gegen den Detentor vollstreckbar sei, erscheint der alieno nomine possidens, der seinen dominus nominirt, in derselben Stellung, wie der Käufer, der Usufruktuar, der Emphyteuta, der seinen Auctor zum procurator in rem suam im Eviktionsprocesse bestellt.

Dass aber dann ein Contumacialverfahren, wie es uns die c. 2 C. cit. schildert, nicht denkbar, vielmehr es dem beklagten Detentor, der doch auch nach der Bestellung des dominus possessionis zum procurator in rem suam formell noch Processsubjekt blieb, hätte gestattet sein müssen, im Falle des Ausbleibens des possessor seine Vertheidigungsgründe allein vorzubringen oder dem klägerischen Anspruch mit Läugnen zu begegnen, diese Consequenz scheint Wetzell[1]) aus seiner Auffassung der nominatio domini als einer Litisdenunciation mit verstärkten Wirkungen nicht gezogen zu haben.[2])

Am weitesten gehen die Ansichten über die processuale Construction der nominatio auctoris auseinander. Dies erklärt sich daraus, dass die Constitution, abgesehen von allen übrigen Momenten, die sie unfähig erscheinen lassen, der modernen Lehre von der Benennung des Auctors zur Grundlage zu dienen, über die wichtigsten processualen Fragen, die bei einer Intervention oder einer Singularsuccession des dominus in die Beklagtenrolle

---

literas ad iudicem illius loci, in quo res sita est, ut postea tradat. — Schütze cit. p. 572; s. unten p. 37.

[1]) Ebenso Kannengiesser, die processh. Einrede p. 11.

[2]) Wetzell, p. 57 Anm. 44.

zur Erörterung kommen müssten, völlig Schweigen bewahrt. Wir erfahren aus ihr nicht, ob das Erscheinen des nominirten dominus possessionis den Nominanten zwinge, aus dem Processe auszuscheiden, ob demnach der Detentor mit der Nomination auf die Vertheidigung der Sache für seine Person Verzicht geleistet oder ob es in sein Belieben gestellt sei, den Nominirten nur als Intervenienten in den Process eintreten zu lassen, sie gibt uns keinen Aufschluss darüber, welche Folgen die Unterlassung der Nomination für den Detentor habe, ob der Laudant befugt sei, seine Einlassung zu verweigern, bis der Laudat eine Erklärung abgegeben oder die ihm zur Abgabe derselben gesetzte Frist abgelaufen etc.

Um nur einigermassen ein Bild zu geben von der noch heute in der Theorie herrschenden Uneinigkeit über die processuale Construction unseres Instituts genüge es, die namhaftesten Vertreter der einzelnen Hauptkategorien aufzuführen.

Mittermaier[1]) sieht in der c. 2 C. cit. eine Fortbildung der interrogationes in iure, indem der belangte Detentor sich durch Hinweis auf seine „alieno nomine possessio“ nun nicht eher vom Processe befreien könnte, als bis er dem Kläger seinen wahren Gegner benannt habe. Die Nomination erscheint in dieser Gestalt als exceptio deficientis legitimationis ad causam, verbunden mit einer Pflicht des unrechten Beklagten, dem Kläger den rechten Beklagten zu benennen.[2])

---

[1]) Mittermaier, Archiv für civil. Praxis III p. 399 ff.

[2]) Hofacker, principia iuris civilis II. § 1017. ea nominatione facta lis nova cum alio reo suscipitur; hac vero nominatione omissa condemnandi sunt tamquam tales qui liti se obtulerunt; Hofmann, teutsche Reichspraxis § 1080 ff.; Estor, Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses § 2113 p. 767 ff.; Knorr, Gründl. Anleitung zum gerichtl. Proc. II 3 p. 412 § 5; Danz, Grundsätze des ord. Processes § 490; Goenner, Handbuch I, 16 p. 346; Martin, Vorlesungen I § 91 p. 478; Glück VIII. 198. Gesetzgeberisch hat diese Ansicht Vertretung gefunden in der Allg. preuss. Gerichtsordnung I, 17 § 34 (vgl. Koch, preussischer Civilpr. § 88) und neuerdings noch in der bad. P.-O. § 124—127, nach der der Detentor, sobald er seinen Autor benennt und der Kläger nicht wegen dolosen Einverständnisses zwischen Laudant und Laudaten Einspruch erhebt, von der Klage zu entbinden ist, „mit dem Vorbehalte für den Kläger,

Linde,[1]) der die nominatio auctoris mit den meisten Anhängern der Ulpian'schen Theorie für eine dem Detentor verliehene Rechtswohlthat hält, sieht in der Benennung des Auctors eine materielle Einrede peremtorischer Natur. Eigenthümlich ist die Art, wie sich Linde diesen Gedanken processualisch construirt; nach ihm würde der Detentor mit der Benennung seines Auctors ungefähr Folgendes ausdrücken wollen: „Ich bin zwar der Besitzer (also der richtige Beklagte — Geständniss) aber im Namen eines Andern (folglich ohne defendendi facultas), da ich nur der Miether, Depositar des N. N. bin."

Linde's nominatio, die er selbst als qualificirtes Geständniss bezeichnet, erscheint uns als eine Einrede, zu deren Beweis der Allegant eben den dominus possessionis beizubringen hat.

Als eine Consequenz der Linde'schen Auffassung ist es zu betrachten, wenn die bayer. P.-O.,[2]) die die laudatio auctoris auch als materielle Einrede behandelt, ihr Vorbringen in jedem Stadium des Processes gestattet und eine Präklusion derselben mit der Einlassung des Beklagten nicht anerkennt. Linde's Argumentation tritt in Widerspruch mit dem Wortlaute des Gesetzes, dass der alterius nomine possidens die Nomination sogleich vorzunehmen habe, dass die Ediktalladung im Falle des Ausbleibens des dominus vom Richter zu erlassen sei „tamquam lite quae ei ingeritur ex die quo possessor ad iudicium vocatus est . . . contestata" (es sollte so angesehen werden, als wenn bei der Citation des Detentors schon lis contestirt worden sei).

Als materielle Einrede lässt sich demnach die nominatio der c. 2 C. cit. schon deswegen nicht bezeichnen, weil das Gesetz ihre Vorschützung innerhalb einer gewissen Frist verlangen

die Klage gegen den wahren Besitzer der Sache zu richten." Ganz consequent ist es, wenn die beiden genannten Processgesetze eine Aufrechterhaltung der Competenz des Gerichts, bei dem der Detentor belangt, für den Process zwischen Nominaten und Vindicanten nicht anerkennen, vielmehr diesen an das forum des Benannten verweisen.

[1]) Linde, Abhandlungen aus dem deutschen Civilprocess IV, 125.

[2]) Bayer. Processordnung vom Jahre 1869 § 74—77; dazu Schmidt, Lehrbuch des bayer. Civilprocesses II § 119 p. 336.

würde, während nach justinianischem Recht[1]) (mit dem Wegfall der formulae) jedes materielle Beweis- und Vertheidigungsmittel ungehindert bis zum Erlass des Endurtheils noch vorgebracht werden kann.

Eine in der Schule der Commentatoren ausgebildete Theorie, die im Laufe des 16. und 17. Jahrhunderts sowohl in Frankreich als in Deutschland sich Eingang zu verschaffen wusste, die wir als die eigentliche Quelle der in dieser Lehre noch heute herrschenden Verworrenheit bezeichnen müssen, sieht in der laudatio auctoris eine exceptio forideclinatoria.

Die processuale Natur dieser Einrede, die dem römischen Rechte ganz fremd ist, lässt sich nur auf Grund eines eingehenden Studiums germanischer Rechtsquellen erkennen; es muss daher die nähere Erörterung dieser forideklinatorischen Einrede späteren Ausführungen vorbehalten bleiben. Einstweilen sei nur darauf hingewiesen, dass es ganz unrichtig wäre, dieselbe mit der modernen processhindernden Einrede zu identificiren.

In ihrer von den Bartolisten auf die c. 2 C. cit. gemachten Anwendung bezweckt die forideclinatoria keineswegs eine Abweisung des Klägers[2]), der Beklagte, der sich ihrer bedient,

[1]) Diese Ansicht ist neuerdings von Schultze „Privatr. u. Process“ § 38[a] u. § 38[b] besonders p. 564 gegen Wieding, Bekker, Eisele u. A. verfochten worden.

[2]) prima Bartoli super C. cit. 5: et sic ex hac lege inducitur possidenti alieno nomine quaedam exceptio declinatoria, ut non cogatur subire iudicium. Si eius dominus veniat, ipse litigabit; contra eum dabitur libellus, ut ibi actoris intentiones excipiat. — Franc. Duarenus in tit. de iud. p. 170. haec defensio ex numero earum est, quae declinatoriae dicuntur quaeque ante litem contestatam opponi debent. — Voet, commentarii ad pand. zu l. VI I. 1 § 22 nudos rerum detentores quod attinet, veluti conductores, commodatarios, depositarios et similes, illi quidem hac possunt actione conveniri cum et teneant rem et restituendi facultatem habeant — declinare tamen iudicium possunt ac dimittendi sunt, si eum nominent, cuius nomine detinent. — Dav. Mevius, dec. p. VI 349: nominatio auctoris quae est forideclinatoria, liberat tenentem ab actione. — Philippi, diss. de nominatione auctoris (Lips. 1683). In praesenti significat demonstrationem ejus, a quo rem detinemus controversam, alias ab

wünscht vielmehr nur Befreiung seiner Person von der Last der Processführung und verbindet damit zugleich die Absicht, sich einen etwa ihm zustehenden Regressanspruch für die Eviktion zu erhalten. Beides erreicht er durch die Benennung des dominus vor Gericht und die infolge dessen an den dominus ergehende Ladung zur Uebernahme des gegen seinen Detentor angestrengten Processes.

Ein anderer wichtiger Unterschied dieser angeblichen forideklinatorischen Einrede von der processhindernden Einrede des modernen Processes ist darin zu suchen, dass nach jener Theorie der beklagte Detentor mit der Nomination ipso iure aus dem Processe ausscheiden und die Rolle des Beklagten auf den Nominaten übertragen soll, ohne dass es zu einer Verhandlung über die Richtigkeit seiner Behauptung der alieno nomine possessio käme — es müsste denn der Kläger es unternehmen wollen, den Beweis zu führen, dass der Nominant nicht in fremden, sondern in eigenem Namen besitze [1]).

Dies tritt am schärfsten hervor überall wo wir die Litisdenunciation, deren Zweck es nur sei, der beklagten Hauptpartei die Hilfe einer dritten Person zuzuführen, der Nomination gegenübergestellt finden. [2])

Aus dieser an die forideclinatoria erinnernden Construktion der nominatio auctoris machte die deutsche Praxis gegen Ende des 18. Jahrhunderts eine processhindernde Einrede mit der Besonderheit, dass dem Alleganten kein Beweis derselben obliege;

---

effectu suo dici quoque moretur litis motae in Dominum seu Autorem derivatio, quia per hanc conventus iudicium a se in rei controversae auctorem transmittit.

[1]) Maranta, de ordine iudiciorum p. 183: unde dirigitur iudicium contra dominum, ut ipse defensare debeat causam suam et hoc ipso absolvitur reus ab instantia iudicii ... et transfunditur contra dominum nominatum; nec est necesse probare, quod conventus possidet nomine alieno, sed per solam nominationem absolvitur. — Bartolus, cit.: sufficit solum quod nominet dominum, ut per hoc absolvatur ab instantia iudicii nisi actor in se velit onus probandi assumere eum suo nomine possidere.

[2]) Schaumburg, princ. praxeos iurid. iud. I. 2 c. VI § 2 p. 423. apparet litis denunciantem in lite manere, nominantem a lite eximi.

man nahm an, die Rechtshängigkeit würde durch die Nomination aufgehoben und überliess es dem Kläger, ob er mit einer neuen Klage gegen den Nominaten vorgehen wolle[1]).

Auf diesem Standpunkt steht im Wesentlichen die hannoversche Prozessordnung § 40 abgesehen von einigen Inconsequenzen, die Leonhardt in seinem Commentar (p. 48 Anm. 6) richtig hervorhebt.

In neuester Zeit ist eine hauptsächlich auf Wetzell's[2]) Ausführungen gestützte Theorie dazu gelangt, die nominatio auctoris für eine Streitverkündung mit verstärkten Wirkungen zu erklären. Die Consequenzen dieser Anschauung sind in Kannengiesser's Schrift über die processhindernde Einrede (p. 11) zu finden. Nach ihm wären Usufruktuar, Faustpfandgläubiger, Miether, Commodatar in ganz gleicher Weise berechtigt, sich durch Nomination von aller Verantwortung gegenüber dem Kläger sowohl, als ihrem Auctor zu befreien oder je nach Belieben den Process im Falle des Ausbleibens des Auctors allein zu führen; die Benennung des Auctors an den Kläger und die sich daran anschliessende Ladung des Nominaten hätten den Effekt[3]) einer Bestellung des Benannten zum procurator in rem suam.[4])

---

[1]) Biener, systema proc. jud. § 319 p. 248. nominatio auctoris est exceptio litis ingressum impediens, quae sine ulteriore demonstratione pro vera accipitur. Ders. § 320 n. litis pendentiam tollit. Actor eodem quidem utitur libello contra nominatum auctorem, necesse tamen est . . . ut actionis jam intentatae contra eum qui corpore possidet, et rei tamquam auctoris ab eodem laudati mentionem faciat atque narrationem facti eatenus mutet.

[2]) Bayer cit. § 48 p. 151 u. 153; Wirsing cit. p. 43 ff.

[3]) Wetzell p. 56.

[4]) Man ist damit unbewusst auf den Standpunkt des Azo und Bassianus zurückgekommen, die in der c. 2 C. III, 19 einen besonderen Fall des Eviktionsprocesses zu sehen geneigt sind. Nach Azo erbittet sich der „naturalis possessor" vom Richter eine Frist, innerhalb deren er seinen dominus zur Uebernahme des Processes beibringen wolle; die dadurch eintretende Verzögerung des Processes hätte aber keine nachtheiligen Folgen für den Denuncianten; es bliebe demselben vielmehr unverwehrt, nach fruchtlosem Ablauf den Process in eigenem Namen aufzunehmen.

Das Verdienst, die erste Anregung zu dieser angeblichen „Rückkehr zur römisch-rechtlichen Behandlungsweise“ [1]) gegeben zu haben, gebührt unstreitig v. Bethmann-Hollweg durch seine Interpretation der c. 2 C. III, 19 in seinen „Versuchen“ (p. 59), er bezeichnet hier die Uebernahme des Processes durch den Nominaten als Intervention, die kein Ausscheiden des Detentors aus der Beklagtenrolle bewirken könne.[2])

Mit einzelnen Modifikationen findet sich die Wetzell'sche Auffassung bei Renaud,[3]) der nur darin abweicht, dass er, statt dem Autor die Rolle eines procurator in rem suam zuzusprechen, vielmehr eine Singularsuccession in die Parteirolle des ursprünglichen Beklagten annimmt.[4])

Charakteristisch für diese moderne Richtung ist, dass sie in unermüdlichem Streben nach Entfernung aller unrömischen Elemente aus der Lehre von der nominatio auctoris immer mehr von dem Wortlaute und Sinne der c. 2 C. III, 19 abweicht, um schliesslich zu einem Resultat zu gelangen, das in dem besten Einklang mit allgemeinen römisch-rechtlichen Principien, aber nicht im geringsten in Beziehung zu jenem Gesetze, dem angeblichen Ausgangspunkte ihrer Deduktionen steht.

---

[1]) Endemann, Civilprocess § 78 p. 280.

[2]) v. Bethmann-Hollweg hat diese Auffassung, so sehr sie auch noch der Wetzell'schen Theorie zur Stütze dient, längst aufgegeben, in seinem Handbuch (III. p. 306 Anm. 7) vertritt er durchwegs die Ansicht, dass der Nominat von vornherein der Beklagte sei und im Falle seines Ausbleibens auf die üblichen Ladungen ohne Rücksicht auf den Nominanten dem gewöhnlichen Contumacialverfahren unterliege. Die veränderte Stellung, die jetzt v. Bethmann-Hollweg zur c. 2 C. III, 19 einnimmt, ist meines Wissens nur von Briegleb (summar. Proc. § 64) hervorgehoben, aber auch nicht überzeugend als unrichtig widerlegt worden.

[3]) Renaud, Lehrbuch § 51.

[4]) Aehnlich Endemann, Civilprocessrecht § 78, der in Uebereinstimmung mit Renaud trotz seiner Auffassung der nominatio auctoris als einer Art der Streitverkündung den Detentor ipso iure aus der Beklagtenrolle ausscheiden lässt, sowie sich der Autor bereit erklärt hat, den Process zu übernehmen. — Flach, Zeitschr. für Civilr. u Civilpr. XVII. p. 153. — Emminghaus, das. XVIII. N. F. p. 343. Bolgiano, Gesammelte Abhandlungen: Zur Lehre von der nominatio auctoris p. 3.

Eine kurze Betrachtung des Gesetzes selbst, an der Hand der uns von Wieding ertheilten Aufschlüsse, wird ergeben, dass Constantins Constitution vom Jahre 331 unmöglich die historische Grundlage unseres Instituts sein kann, so sehr sie auch auf seine Entwicklung und processuale Construktion zu allen Zeiten bestimmend eingewirkt haben mag.

III. Die c. 2 C. ubi in rem actio.

Da Wieding's Interpretation der c. 2 C. III, 19 mir hauptsächlich die Anregung gegeben hat, auf Grund der hieraus gewonnenen Ueberzeugung von der Unrichtigkeit der Fundirung der laudatio auctoris auf das römische Recht, der wahren historischen Grundlage des Instituts nachzuforschen und voraussichtlich an meinen eigenen dogmengeschichtlichen Nachweisungen eine Stütze erlangen dürfte, so sei mir ein kurzer Hinweis auf seine Deduktionen gestattet. Ich kann es dabei nicht unterlassen, einige Punkte zu berühren, die auch Wieding, obwohl sie seiner Polemik gegen die laudatio auctoris noch mehr Nachdruck verleihen würden, mir nicht gehörig berücksichtigt zu haben scheint.

Vor Allem verwirft Wieding die bisher übliche Anknüpfung der c. 2 C. cit. an die l. 9 D. VI, 1, indem er dieselbe vielmehr mit der wenige Jahre zuvor von demselben Gesetzgeber erlassenen c. 1 C. si per vim (VIII, 5) in unmittelbaren Zusammenhang bringt p. 633; beide Gesetze sprächen von einer immobilis res, deren dominus eben abwesend sei, aber einen Besitzrepräsentanten (absentium nomine tenens — alterius nomine quolibet modo possidens . . . . . omni allegatione absenti de principali quaestione servata) zurückgelassen habe — er sieht in dem possessor der c. 2 C. cit. nicht einen Detentor im allgemeinsten Sinne, wie die bisherige Theorie, sondern einen Besitzer auf fremde Rechnung, einen Verwalter und zieht zur Präcisirung dieses Begriffs sowohl die in der c. 1 C. VIII, 5 aufgeführten Categorien von Besitzstellvertretern (possessio, quam propinquus vel parens vel proximus vel amicus seu servus quolibet modo retinebat) als die in der c. 8 § 5 C. de delat.

(X, 11)[1]) genannten Defensoren eines absens dominus immobilis rei herbei.

Dieser alieno nomine possidens wäre von vornherein nur als Vertreter seines dominus belangt, würde aber, sobald sein Verhältniss zu dem abwesenden Beklagten durch die nominatio domini festgestellt, von der etwa beabsichtigten defensio possessionis wegen Mangels eines Mandats (p. 635) zurückgewiesen und zur Ausrichtung der klägerischen Ladung an den absens reus, seinen dominus, angehalten.

Endlich lässt Wieding (p. 640) den Richter, wenn der absens reus auch die ausserordentlicher Weise ihm zur Defension noch bewilligte Frist versäumt, nach Vorlage der Edikte im Gericht und dem letzten Aufruf des Beklagten durch den praeco, dem Kläger die missio in possessionem rei petitae ertheilen.

Wieding hat überzeugend dargethan, dass der Nominant der c. 2 C. cit. in keiner Beziehung zu dem Detentor der l. 9 D. VI, 1 stehe, dass derselbe vielmehr nur in der Eigenschaft eines Vertreters des als alleinigen Beklagten erscheinenden dominus possessionis an dem Vindicationsprocess Theil nehme und folgerichtig jeder Gedanke an eine Adcitation des dominus oder an eine Litisdenunciation des Nominanten an den Nominaten zu verwerfen, dass endlich die Immission des Klägers in das Streitobjekt nicht etwa die Folge eines Defensionsverzichts von Seiten des Nominanten sei, sondern vielmehr den Schlussakt des in der Constitution geschilderten Contumacialverfahrens bilde.

Die Gründe, die bis jetzt gegen diese Aufstellungen Wiedings vorgebracht wurden, erscheinen mir nicht als stichhaltig; so halte ich für ganz irrelevant was Wetzell[2]) gegen Wieding ins Feld führt.

[1]) c 8 § 5 C X, 11 . . . sive ipse qui res possidet (ὁτῳ ἀληθείᾳ ταῦτα κατέχων) defensionem suscipere velit sive amicus eius vel servus vel libertus, cum verus earum possessor a fuerit . . . Si vero neque ipse qui controversiam faciat neque procurator eius possidens neque custos possessionis (φύλαξ τῆς νομῆς). . . . .

[2]) System p. 56 n. 40.

Die unwesentliche Modification, mit der die Dekretale von Innocenz III.[1]) die c. 2 C. cit. aufgenommen hat, erscheint ihm als ein Hauptargument gegen Wieding's Interpretation, die die Beklagtenrolle dem nominirten dominus und nicht dem alieno nomine possidens zuweist; hätte er an Wieding's Untersuchung sich nicht mit dem Vorurtheil herangegeben, dass die Constitution nur das Motiv haben könne, den beklagten Detentor von seiner lästigen Defensionspflicht zu befreien, so würde er gefunden haben, dass ein Detentor nicht bloss proprio nomine, sondern auch als präsumtiver Vertreter seines abwesenden dominus[2]) belangt werden könne, und demnach auch die von Innocenz dem constantinischen Gesetze gegebene Fassung der Wieding'schen These nicht entgegensteht.

Auch der von Brinz[3]) gegen Wieding gemachte Einwurf, dass seine Bezeichnung des alterius nomine possidens als Detentor auf fremde Rechnung nicht passend sei, weil nach seiner eigenen Ansicht unter diesen Begriff auch der auf eigene Rechnung besitzende colonus vel inquilinus falle, ist nicht geeignet, die Wieding'sche Argumentation zu entkräften. Denn wenn wir Wieding's Auffassung der alterius nomine possidentes als im Dienste des dominus possesionis befindliche Vertreter dahin modificiren, dass wir für die Präcisirung des Begriffs der Besitzrepräsentation das Interesse[4]), welches der alieno nomine possidens an den Angelegenheiten des absens reus hat, massgebend sein lassen, dann findet auch der Pächter und Miether unter den Insinuationsmandataren Platz und der Einwand von Brinz zerfällt in sich.

[1]) c. 5 § 7 X ut lite non cont. (II, 6).

[2]) Wieding, p. 643; vgl. zu den von Wieding bereits citirten Belegstellen noch l. 40 § 2 D. de proc. III, 3. Sed et is qui quasi defensor (sc. sine mandato) in rem actione convenitur.

[3]) Brinz, Pandekten I § 167 p. 651.

[4]) Sei es, dass das Interesse auf der ihm vertragsmässig eingeräumten Detention des Streitobjekts (colonus, inquilinus, procurator, actor) oder auf persönlichen Beziehungen zu dem absens reus beruht (Familienangehörigkeit — parens, proximus, libertus, servus, filius oder Freundschaft — amicus vel hospes).

Eine bedeutende Stütze für die Wieding'sche Interpretation lässt sich auf Grund einer eingehenden Betrachtung des in der Constitution gegen den abwesenden Beklagten ergehenden Versäumnissurteils gewinnen. v. Bethmann-Hollweg[1]) hat bereits in seinem Handbuche an verschiedenen Stellen angedeutet, dass die im Fall der Erhebung einer dinglichen Klage dem Kläger gewährte missio in possessionem rei petitae rein provisorischer Natur ist.

Die moderne Theorie, die die laudatio auctoris auf die c. 2 C. III, 19 aufbaut, ist nie zu einer klaren Erkenntniss des Charakters dieser Immission gelangt. Sie fasst dieselbe fast einstimmig als gleichbedeutend mit einer translatio possessionis, einer Uebertragung des juristischen Besitzes, auf und ist desshalb der Ansicht, dass der abwesende dominus possessionis nach der Immission des Vindikanten in das Streitobjekt nur mehr als Kläger gegen den Immitirten auftreten könne[2]) (das commodum possessoris ihm also verloren sei). — Dies ist ganz unrichtig: vielmehr ist auch in dem Falle der c. 2 C. III, 19 die missio in possessionem eine rein provisorische Besitzeinweisung, die erst definitiv wird, wenn der Beklagte innerhalb einer bestimmten Frist nicht Einspruch erhoben hat. Meldet sich nämlich der absens reus innerhalb eines Jahres nach der Immission zur defensio, so erhält er auf seinen einseitigen Antrag, gleichviel ob sein Versäumniss verschuldet oder nicht verschuldet war, die possessio wieder zurück[3]), so dass er dem vormaligen actor in possessionem missus immer noch als Beklagter im Vindicationsprocess gegenübersteht; erst mit Ablauf der Jahresfrist ist das commodum possessoris und damit die Beklagtenrolle im Eigenthumsstreite an den immittirten Kläger übergegangen und der ehemalige Beklagte darauf angewiesen, seinen etwaigen Eigenthums-

[1]) Handbuch III. p. 306 n. 28; s. auch Emminghaus, Archiv für prakt. Rechtswissensch. V. p. 133 n. 17.; vgl. mit v. Bethmann-Hollweg, Handbuch II § 106 p. 571.

[2]) Vgl. z. B. Endemann, Civilprocessrecht p. 280; Bolgiano, gesammelte Abhandlungen p. 4.

[3]) l. 8 § 3 C. de praescr. (7, 39.)

anspruch im Wege der Klage geltend zu machen [1]). Am schärfsten findet sich die provisorische Natur der dem Kläger im Falle der contumacia des beklagten dominus possessionis bewilligten missio in possessionem bei den Canonisten betont.

Pillius (Bergmann cit. p. 83) p. 3 § 18.

Si autem lis nullo modo est contestata, mittendus est actor in possessionem, reus vero infra annum veniens et cautionem de lite exercenda exponens, recuperat possessionem, restitutis prius actori omnibus expensis quas ibi fecit ... Sed post annum non admittitur ad possessionem, sed tantum ad quaestionem proprietatis .... Sed in hoc articulo ultimo quaeritur, qualiter missus in possesionem possideat? .. dicunt quidam quod intra annum non possidet, sed anno elapso possessor efficiatur ex secundo decreto, et poterit abinde praescribere et usu capere; vel, quod melius est, statim possidet civiliter el naturaliter, licet eam reo intra annum venienti ad iudicium restituat. — Tancredus bei Bergmann p. 137, p. 138 Z. 21 ff.

Aus all dem geht hervor, dass die c. 2 C. III, 19 von der laudatio auctoris nichts enthält, sondern den nach dem justinianischem Recht üblichen Gang des Versäumnissverfahrens gegen den abwesenden dominus possessionis schildert. Charakteristisch ist für das Versäumnissurtheil [2]), das die missio in possessionem verfügt, dass es überhaupt der Rechtskraft (wie das Versäumnissurtheil des heutigen Prozesses nach Ablauf der Einspruchsfrist) gar nicht fähig ist, vielmehr jeder Zeit bis zur Vol-

[1]) Vgl. l. 7 § 17 D. 42, 4 (ex quibus causis in poss.) Celsus Titio respondit, si fundum quem petere volo, Titius possideat neque absens defendatur, commodius se existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri. l. 8 § 5ª C. X, 11 Ἐὰν δὲ μήτε αὐτὸς ὁ τῆς ὑποθέσεως κύριος μήτε ἐντολεὺς αὐτοῦ, τοῦ νεμόμενος μήτε φύλαξ τῆς νομῆς φανείη εἴσω τριάκοντα ἡμερῶν ... γινέσθω μὲν ἐπὶ νομῆς τῶν πραγμάτων τὸ ταμεῖον μηδενὸς προκρίματος ἐπαγομένου τῷ κυρίῳ τῶν πραγμάτων ἐν ταῖς ἀρμοζούσαις αὐτῷ περὶ τούτων δικαιολογίαις; s. die übrigen Stellen bei Schultze, Privatr. u. Process p. 571.

[2]) Auf die provisorische Natur des spätrömischen Versäumnissverfahrens hat neuerdings Schultze, „Privatr. und Prozess“ hingewiesen (p. 572 n. 2) und die Wichtigkeit der l. 2 C. III, 19 für ein tieferes Verständniss desselben hervorgehoben.

lendung der Ersitzung seitens des immittirten Klägers durch voraussetzungslosen Einspruch des Beklagten aufgehoben werden kann, der nach Jahresfrist eben nur das commodum possessoris, nicht aber einen etwaigen Rechtsanspruch verliert [1]).

---

[1]) Eine eingehende Erörterung der c. 2 C. III, 19, insbesondere einiger sachlichen Bedenken, die in mir gegen gewisse Einzelheiten der Wieding'schen Interpretation aufgestiegen sind, muss ich mir für eine andere Gelegenheit vorbehalten — um so mehr als sie Wiedings grosses Verdienst um die Lehre von der laudatio auctoris vollständig bestehen lassen und ich mir nicht den Anschein geben möchte, als ob ich durch eine Polemik gegen seine Interpretation an einem solchen Platze dasselbe schmälern wolle. Nur das Eine möchte ich einstweilen bemerken, dass ich mir nie darüber klar werden konnte, warum es einem zur Defension bereiten Besitzrepräsentanten nicht verstattet sein soll, die processuale Vertretung des abwesenden dominus possessionis zu übernehmen. Mir scheint es, als ob Wieding mit einer altrömischen Maxime in Widerspruch geriethe, die gerade das Institut der Prokuratur in's Leben gerufen: l. 33 D. de proc. Publice utile est absentes a quibuscunque defendi. Man vergleiche doch Stellen wie l. 21, l. 22 D. IV, 6; l. 8 § 5 C. X, 11; l. 3 § 5 D. de proc.; l. 40 D eod; l. 3 § 3 D. 46,7; c. 12 C. II, 13 (Bethmann-Hollweg, Versuche p. 191; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte II p. 127 Anm. 17). Die einzige Bedingung, an die gerade bei dinglichen Klagen das Auftreten eines defensor ohne Mandat geknüpft war, ist bekanntlich die Erlegung einer cautio de rato, wie die l 40 § 2 D de proc. (III, 3) sehr deutlich besagt. Meines Erachtens erhält die c. 2 C. III, 19 dieses Gesetz aufrecht und trifft nur Bestimmungen für die Zulassung von Defensoren einer possessio rei immobilis, die zur Zahlung der cautio de rato nicht bereit oder nicht fähig sind: indem es die Gültigkeit der Prozessführung des Besitzrepräsentanten von einer nachträglichen Ratihabition seitens des dominus abhängig macht. Dadurch vermeiden wir ausserdem die Annahme einer Begründung des forum rei sitae durch die Constitution, zu der sich Wieding gezwungen sieht: der alterius nomine possidens begründet als Defensor des absens reus durch seine Litiscontestation mit dem Kläger unter der Voraussetzung der innerhalb einer bestimmten Frist nachzubringenden Ratihabition seitens des dominus die Competenz des von dem Kläger angegangenen Richters der loca, in quibus praedium situm est. vgl. l. 5 D 46,8 Respondit non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem. l. 56 D. V, 1. Licet verum procuratorem in indicio rem deducere verissimum est, tamen et si quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde dominus ratum habuerit, videtur res retro in iudicium deducta.

Der germanische Eviktionsprocess nach mittelalterlichen Rechtsquellen.

§ 5.

Einleitende Bemerkungen.

Während der Vindicant im römischen Processe sein Recht zum Ausgangspunkt seiner Klage macht, so dass die Condemnation des Beklagten lediglich als eine Folge der richterlichen Anerkennung des klägerischen Rechts erscheint, stützt sich das Begehren des deutschen Vindicanten auf die ihm durch den Besitz des Beklagten zugefügte Verletzung. Daher ist es für die Classificirung der deutschrechtlichen Klage um Gut gleichgiltig, ob der Rechtsgrund, aus dem der Kläger seinen Anspruch herleitet, dinglicher oder persönlicher Natur; entscheidend ist nur der Gegenstand, auf den die klägerische Forderung gerichtet ist.

Aus der grundlegenden Bedeutung, die im deutschen Sachenrechte dem Gegensatze zwischen Gewere an Fahrniss und Gewere an liegendem Gute zukommt, ergiebt sich die Eintheilung der Klage um Gut in clage up varende have und clage up eigen (erve, lengut) von selbst. Auch bezüglich der Frage der Passivlegitimation stellt das germanische Recht für die Mobiliarklage andere Grundsätze auf als für die Immobiliarklage.

Bei der Mobiliarklage ist es das faktische Innehaben, der Gewahrsam, der den Beklagten ad causam legitimirt. Der Vindicant in der Mobiliarklage kann nur von dem Restitution erwarten, in dessen Gewahrsam er die vermisste Sache gefunden, wenn gleich derselbe sich nur auf Grund eines ihn zur baldigen Rückgabe verpflichtenden Vertrags in der Gewere befindet — der Inhaber haftet dem Kläger, bis ein Anderer, den der Vindi-

cant als Beklagten anerkennen muss, mit dem Besitz der Sache in die Beklagtenrolle eintritt [1]).

Der animus domini, der juristische Besitz im Sinne des römischen Rechts, ist für die Passivlegitimation bei der deutschen Mobiliarklage ganz gleichgültig: Der Vertrauensmann befindet sich ganz in derselben Weise in der Gewere der ihm anvertrauten Sache, wie der Eigenthümer, so lange er das Gut nicht aus seiner Gewere gelassen hat. —

Als eine Consequenz obigen Princips erscheint es, dass die clage um gut gegen den Depositar, Commodatar oder Pfandnehmer seitens ihres Gegencontrahenten, sowie constatirt ist, dass der Besitz der anvertrauten Sache ihnen verloren sei (gleichviel ob durch culpa in custodiendo, durch Unterschlagung oder durch Diebstahl), ipso iure in eine clage um schult übergeht.

Anders bei Immobiliarklagen. Hier kann der Kläger, der auf die possessio Anspruch macht, nur von dem Herausgabe des Immobile verlangen, der sich in dem faktischen Besitz desselben auf Grund eines eigenen Nutzungsrechtes befindet: hier ist das blosse zur Restitution verpflichtende Innehaben für die Passivlegitimation eben so irrelevant, als der animus domini.

Der Stellvertreter in der Nutzungsgewere (Miether, Pächter, Verwalter) ist nur verpflichtet, falls die Immobiliarklage gegen ihn angestellt wird, dem Kläger seinen dominus possessionis zu benennen, damit jener seine Klage gegen diesen richte, von dem allein er Restitution zu verlangen berechtigt ist.

Diese Principien sind von der allergrössten Bedeutung für das Verständniss des germanischen Eviktionsprocesses, und geben uns die Notwendigkeit einer Trennung zwischen Mobiliar- und Immobiliarklage für die folgende Erörterung an die Hand.

Gehen wir von der Mobiliarklage aus. Ist der Vertrauensmann auf Herausgabe der anvertrauten Sache von einem Dritten

[1]) Keine Ausnahme hievon ist es, wenn für die Sachen des Dienstherrn, des Ehemannes, die sich bei dem Knecht oder der Ehefrau finden, nur der Dienstherr und Ehemann antworten muss. Vgl. Heusler, die Gewere p. 279.

belangt, so tritt der Gesichtspunkt der Eviktion völlig in den Hintergrund. Bei einer Belangung des Commodatars, Pfandnehmers etc. seitens eines Dritten wiegt stets das Interesse des Gegencontrahenten vor, gleichviel ob der Vertrauensmann ein Recht auf den Besitz der Sache erworben oder nicht. Da der Deponent nach bekannter germanischer Maxime die anvertraute Sache, wenn sie einmal durch einen gegen seinen Vertrauensmann ergangenen Richterspruch in die Hände eines Dritten gelangt ist, auf keine Weise mehr reklamiren kann, so steht er seinem auf Herausgabe von einem Dritten belangten Vertrauensmann nicht als gewährspflichtiger Auctor, sondern als Gläubiger gegenüber, dessen Interesse an einem ungünstigen Ausgange des Processes dringend Berücksichtigung erheischt.

Dagegen geht der in der Gewere an einer Liegenschaft Befindliche im Eviktionsprocesse seinen Autor nicht an, um seine Restitutionspflicht zu erfüllen, sondern um von ihm Gewährleistung zu verlangen — weil er demselben weder durch Veräusserung oder Dereliktion noch durch Richterspruch etwaige Eigenthumsansprüche an dem Gut verlieren kann.

Alle anderen Punkte, die den germanischen Eviktionsprocess von dem römischen auszeichnen, sind in der formalen Struktur des germanischen Verfahrens überhaupt begründet.

So kann der Autor, da das altgermanische Recht das Princip der freien gerichtlichen Stellvertretung nicht kennt nicht an Stelle des ursprünglichen Beklagten (analog dem römischen procurator in rem suam) auftreten; andrerseits aber auch nicht der Beklagte die ihm etwa bekannten Vertheidigungsmittel seines Autors an seiner Statt vorbringen. — Eine weitere wichtige Abweichung[1]) des germanischen Eviktionsprocesses vom römischen liegt in der Pflicht des Geweren zur Schadloshaltung im unmittelbaren Anschluss an sein Bekenntniss der Autorschaft. Der Gewere, der die Parteirolle des bisherigen Beklagten übernimmt, hat damit seine Ersatzpflicht im Falle

[1]) Dass die Erörterung dieses Punktes auch für den Zweck dieser Abhandlung nicht unerheblich ist, wird sich aus dem dogmengeschichtlichen Theil meiner Ausführungen ergeben.

eines ungünstigen Ausganges des Processes dem auf ihn ziehenden Beklagten gegenüber in unwiderruflicher Weise festgestellt: sobald er seine Autorschaft eingeräumt, hat er nur die Wahl, durch eine glückliche Processführung seinem Contrahenten den Besitz der angesprochenen Sache zu sichern oder ihm Ersatz für die Eviktion zu bieten. Da dieser Ersatzanspruch nicht auf Leistung des Interesse, sondern auf blosse Erstattung des für den evincirten Gegenstand hingegebenen Aequivalents geht [1]), so ist eine besondere Klage auf Schadloshaltung unnöthig [2]); der Kaufpreis ist vielmehr mit der Restitution der Sache an den Kläger fällig: der Käufer kann ihn unmittelbar nach dem ungünstigen Ausgange des Processes noch durch die Vermittlung desselben Gerichts, vor dem sich der Eviktionsprocess abspielt, von dem Geweren zurückverlangen. [3])

[1]) Falls nicht eine besondere Vereinbarung vorliegt (Konventionalstrafe) oder ein Gesetz dem Autor für diesen Fall eine Strafe auferlegt.

[2]) Bei der Anevangsklage gibt der Gewere ursprünglich sofort bei Uebernahme der Sache zum Zweck seines Eintritts in den Process den Kaufpreis provisorisch zurück.

[3]) Vgl. Löning, Vertragsbruch p. 106, n. 8; Sohm, Process der lex Salica p. 109, Anm. 30; Laband, vermögensrechtl. Klagen p. 126; Göschen, Goslarer Statuten p. 435.

§ 6.

Die Gewährleistungspflicht in der Mobiliarklage des deutschen Rechtes.

Die Klage auf Rückgabe abhanden gekommener Mobilien fordert zu ihrer Substanziirung Behauptung des Gewahrsams der angesprochenen Sache bei dem Beklagten.

Der römischrechtliche Terminus „Detention" entspricht keineswegs dem deutschrechtlichen Begriffe der were an Fahrniss. Man ist gewöhnt, nur den Detentor zu nennen, der sich bewusst ist, die angesprochene Sache in seinem Gewahrsam zu haben, das deutschrechtliche „in siner were haben" begreift aber selbst das unbewusste, unwillkürliche Haben in sich. Im Princip ist der Grund, auf dem die were des Beklagten an dem Streitobjekte ruht, dem Kläger, der seine Klage auf unfreiwilligen Besitzverlust stützt, ganz gleichgülig, er ist ad causam legitimirt, sowie der Gewahrsam der Sache bei dem Beklagten constatirt ist.[1])

Der Beklagte hat nun das Recht, den Besitz zu leugnen und damit seine Pflicht zur Antwort zu bestreiten (Antwort zu weigern). Dann liegt es dem Kläger ob, den Beklagten der Unwahrheit zu überführen durch leibliche Beweisung oder durch Anevang. Ausserdem kommt der Beklagte zum Eide über die Behauptung seines Nichtbesitzes.[2])

---

[1]) Gosl. Statuten (ed. Göschen) p. 39, Z. 5—15. Wert en gut vorstolen unde wert dat up enes waghen gheleghet, kumt men de wile dar up, in des hode de waghen is, de mot davore antwerden. — Sächs. Weichbildrecht (ed. Daniels) Art. 71.

[2]) Vgl. Laband cit. p. 59; Planck, das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. I. § 51 p. 373; § 56 p. 402.

Ist dem Beklagten der Besitz der litigiösen Sache nachgewiesen, so steht seine Pflicht zur Antwort fest. Er kann sich nun entweder blos vom Verdachte unrechtmässigen Besitzerwerbs reinigen oder die Sache für sich in Anspruch nehmen und vertheidigen wollen.

Das erstere wird er thun, wenn er das Streitobjekt ohne sein Wissen oder seinen Willen in seinem Gewahrsam hat — hier denkt er nicht an eine Vertheidigung der Sache, es gilt ihm nur den Verdacht des Diebstahls von sich abzuwälzen — seine Antwort besteht, falls er an seinem Rechte unbesprochen ist, in einem Unschuldseid, dem die Restitution an den Kläger folgt. Aehnlich liegt die Sache, wenn der Beklagte dem Vindicanten entgegenhält, dass er sich in dem Gewahrsam der Sache auf Grund eines ihn zur baldigen Restitution verpflichtenden Vertrags mit einem Dritten befinde: indem der Beklagte sich zur Ladung seines Contrahenten erbietet, erklärt er, die Vertheidigung der Sache nicht auf sich nehmen zu wollen und verzichtet auf die Defension für seine Person. In beiden Fällen liegt keineswegs eine Antwortweigerung vor, sondern vielmehr ein Defensionsverzicht oder, um einen modernen Ausdruck zu gebrauchen, ein Anerkenntniss des klägerischen Anspruchs. Dass der Vertrauensmann, auf Herausgabe von einem Dritten belangt, trotz seines Verzichts auf eigene Vertheidigung der Sache die Restitution noch eine gewisse Zeit hindurch verweigern kann, ist eine lediglich in dem civilrechtlichen Verhältniss zwischen dem Beklagten und seinem Gegencontrahenten begründete Erscheinung.

Der Beklagte, der sich der Antwort wehrt, begehrt Abweisung des Klägers auf Grund des Mangels formeller Voraussetzungen der Klageanstellung oder materieller Begründung des Anspruchs; der Beklagte, der den klägerischen Anspruch nicht bestreitet, vielmehr erklärt, für seine Person die litigöse Sache gar nicht vertheidigen zu wollen, hat sowohl seine Passivlegitimation als das Vorhandensein der formellen Voraussetzungen der Klageanstellung zugegeben.

Ist der Beklagte dagegen gewillt, das Streitobjekt für sich in Anspruch zu nehmen (wil aver jene sin gut weren

ime), so kann er sich entweder auf eine Bestreitung des klägerischen Anspruchs unter Verweigerung der Herausgabe beschränken oder einen Eigenthumserwerbstitel geltend machen. Im ersten Fall bekommt der Kläger ohne weiteres das Recht des Beweises[1]). Um das Beweisrecht zu erlangen, muss der Beklagte einen originären oder derivativen Eigenthumserwerbstitel für sich anführen können. —

Nach diesen kurzen einleitenden Bemerkungen kann ich nun zur Erörterung der Principien des germanischen Eviktionsprocesses übergehen. — Behauptet der beklagte Besitzer derivativen Eigenthumserwerbstitel z. B. Kauf, Tausch, Geschenk, so genügt noch nicht der Nachweis seines redlichen Erwerbs, um ihn in dem Besitze der Sache zu erhalten: macht er geltend, er habe die Sache von einem Unbekannten erworben oder er könne sich nicht mehr auf seinen Auctor erinnern, so ist er zwar von der Pflicht zur Zahlung von Busse und Wedde frei, der Kläger bekommt aber das Recht des Beweises und der Beklagte hat im Falle des Gelingens zu restituiren, ohne dass er von dem Sieger Erstattung des für die Sache hingegebenen Aequivalents fordern könnte[2]).

Der Beklagte der in der deutschen Mobiliarklage auf einen derivativen Eigenthumserwerbstitel sich beruft, hat demnach nur die Wahl, das Streitobjekt dem Kläger sofort zu restituiren oder seinen Autor (seinen Geweren) demselben zu benennen.

Während nach römischem Recht[3]) der Käufer im Eviktionsprocess seinem Auktor litem denuncirt, nur um sich dessen

[1]) Vgl. Bar, das Beweisurtheil des germanischen Processes p. 132.

[2]) Ssp. II. 36 § 4; Iglauer Schöffensprüche (ed. Tomaschek) p. 85, n. 120; Freiburger Stadtr. von 1120, § 29.

Auf die Ausnahmestellung der Juden in dieser Beziehung will ich mit Rücksicht auf den Zweck meiner Abhandlung nicht eingehen; vgl. Stobbe, die Juden in Deutschland, Anhang p. 294 ff.

[3]) c. 1 C. ubi in rem actio (III, 19) In rem actio non contra venditorem, sed contra possidentem competit. Frustra igitur desideras non terum congredi, sed cum auctore tuo dominium vindicantem, cum te possidere contendas. Nam si denuntiasti ei qui tibi vendidit, intelligit evictionis periculum.

Unterstützung zu verschaffen, in jedem Falle aber auch nach Uebernahme der Defension seitens des Auctors formell Hauptpartei bleibt, erklärt im deutschen Process der Käufer, der seinen Geweren an den Kläger benennt, von dem Eintritt seines Auctors in den Process und dessen Vertheidigung sein Recht abhängig machen zu wollen.

An sich heisst „geweren“ den Käufer schadlos halten: ob dies Resultat durch einen Sieg des Auctors in dem Process gegen den Kläger und demnach durch Sicherung des Besitzes oder durch Rückgabe des Kaufschillings erzielt wird, ist für den Begriff des Gewerens gleichgiltig.

Seinem Contrahenten ist der Gewere zur Erhaltung des Besitzes und eventuell zur Rückgabe des für das evincirte Streitobjekt hingegebenen Aequivalentes verpflichtet: aber nicht bloss seinem Contrahenten, sondern auch dem Kläger schuldet er die formelle Processübernahme, da dieser Sühne für das ihm durch die Besitzentziehung zugefügte Unrecht neben der Restitution zu verlangen berechtigt ist.

Da die Mobiliarklage des deutschen Rechts keine Berufung auf unangefochtenen Besitz von Jahr und Tag und überhaupt keine Einrede der Verjährung kennt, vielmehr der Beklagte, auch wenn er schon mehrere Decennien das Vindicationsobjekt bona fide besitzt, nur durch Stellung seines Geweren hoffen kann, sich im Besitz zu erhalten, so ist die Gewährleistungspflicht des Auctors für eine verkaufte bewegliche Sache zeitlich unbegrenzt.[1]) So wenig das deutsche Recht eine Verjährung für die Anstellung der Anevangsklage kennt, so wenig kann sich der Auctor der Aufforderung des Käufers gegenüber ihm die angesprochene Sache zu weren, auf eine Verjährung seiner Pflicht den Beklagten schadlos zu halten, berufen.

---

[1]) Richtst. Landr. c. 13 § 6. Sprikt aver de gewere: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat het in sinen geweren heft gehat wol twintich jar sint der tid dat ic it em vorkofte, oft ic it em icht vul geweret hebbe, edder wat dar rechtes umme si. So secge jene: her richter, des tie ic an in, dat he mi des kopes bekant unde bidde ens ordels, oft hes mi icht tu rechte geweren scole, de wile de have levet. Dat vintme. — Rechtsb. nach Dist. IV. c. 42, dist. 23, 24.

Diese Gewährleistungspflicht geht auch auf die Erben über;[1]) da jedoch nach germanischem Recht die Erbschaft nicht für Delikte des Erblassers haftet, äussert sie sich hier nicht in einer Pflicht zur Uebernahme des Processes; es steht den Erben frei, ob sie dem Kläger die Sache herausgeben und den Kaufschilling erlegen oder in den Process für den Beklagten eintreten wollen, eine Pflicht zur Zahlung von Busse und Wedde trifft sie nicht, falls sie sich weigern, die Beklagtenrolle zu übernehmen. Den Erben trifft lediglich civilrechtliche Ersatzpflicht dem Käufer gegenüber.

Ein ausdrückliches Versprechen bei Abschluss des Kaufvertrags, die Sache weren zu wollen, braucht der Käufer nicht für sich anführen zu können; vielmehr tritt die Gewährleistungspflicht ipso iure mit der Tradition der Sache an den Erwerber ein.[2])

Auch wenn der Beklagte die angesprochene Sache nicht durch einen onerosen Vertrag, sondern titulo lucrativo erworben, hat er seinen Auctor zur Vertheidigung des Gutes zu stellen, wenngleich ihm dieser für die Eviktion keine Schadloshaltung schuldet.[3]) Denn er ist verpflichtet, dem Kläger seinen wahren Gegner zuzuführen, von dem er die ihm gebührende Busse erlangen kann. Der Schenker hat demnach den Beschenkten von seiner processualen Verantwortlichkeit gegenüber dem Kläger zu befreien und desshalb seinem Rufe zur Uebernahme des Processes so gut Folge zu leisten, wie der Verkäufer dem des Käufers.[4])

---

[1]) Gosl. Statuten p. 100. Z. 1 Sterft en de weren schal, sin erve scal weren an siner stad: — das. 99, 43; Rechtsb. nach Dist. IV c. 42 d. 12; Magdeb. Bresl. Schöffenrecht (ed. Laband) III p. II c. 97.

[2]) Brünner, Schöffenb. c. 27; Rechtsb. nach Dist. IV c. 42 d. 23.

[3]) Blume von Magdeb. (ed. Boehlau) Part. II, 2, c. 18 vorgybit ein man icht . . um sust, und wirt im daz mit rechte angewonnen, er mag yeme keine wyderstatunge odir ergetzunge nicht abmanen, sinters im nicht geweren darf.

[4]) Ssp. II, 36 § 5; Richtst. Landr. c. 14 § 6 So vrage desse, oft sin gewere ime vor jeme richter des kopes edder der gave . . bekende. — Löning, Vertragsbruch p. 443 Anm. 1.

Hat der Beklagte, der sich dem Kläger gegenüber auf einen derivativen Erwerbstitel beruft, seinen Auctor dem Kläger benannt und geschworen, dass er auf den rechten Gewährsmann ziehe, so hat er den Beweis durch Ziehen auf den Geweren angetreten. Von dem Verhalten des Benannten gegenüber der Aufforderung des Beklagten seine Gewährspflicht zu erfüllen, hängt der Erfolg dieses Beweisantritts ab. Ein Misslingen des Beweises durch Ausbleiben des Geweren oder durch Abläugnung der Autorschaft muss nach dem formalen Princip der deutschrechtlichen Beweistheorie die Sachfälligkeit des Beklagten zur Folge haben.[1]) Aus dem processualen Charakter der Stellung des Geweren als Beweismittel ergibt sich, dass die Beschaffung und Ladung des Auctors nicht Sache des Gerichts ist: die Thätigkeit des Gerichts beschränkt sich darauf, dem Beklagten eine Frist zu setzen, innerhalb deren der Benannte erschienen sein müsse. Während diese Frist nach altem sächsischem Recht[2]) meist gesetzlich fixirt ist (dries over vierteinnacht = sechs Wochen) und der Beklagte, wenn er eine Verlängerung oder Verkürzung dieser Frist wünscht, einen diesbezüglichen Wunsch ausdrücklich vor Gericht äussern muss,[3]) stellt das französische Recht die Bemessung der Frist ganz in das Belieben des Gerichts je nach der Entfernung des Garanten und gibt nur als Maximalgrenze des Processaufschubs, den der Nominat begehren kann, Jahr und Tag an.[4]) Mit dem französischen Rechte stimmen

[1]) Sachsse, das Beweisverfahren nach deutschem Rechte p. 124; Heusler, Gewere (Exkurs) p. 498.

[2]) Sep. II, 36 § 5.

[3]) Gosl. Stat. 99 Z. 16—20; 80 Z. 25—27. wel en senne weren er vore bringhen denne over drye vierteinnacht, dat scal he spreken vor gerichte, dar he sich des vor mit, stander stede, unde wanne.

[4]) Beaumanoir, coutumes du Beauvoisis ch. XXXIV a. 64. On doit savoir que cil qui a mestier de trere son garant, doit demander jor avenant, tel qu'il le puist avoir par force de justice, s'il n'i veut venir de se volonté, et on li doit doner le jor, selonc ce que li garans qu'il nomme, est loins ou pres. 65. se li aucun requierent lonc jor d'avoir lor garant, parce qu'il dient que lor garant est en estranges terres, on lor doit demander le nom et le sornom . . . . il doivent avoir le jor

die meisten süddeutschen Stadtrechte überein, die ganz allgemein vorschreiben, dass dem Beklagten, der sich auf einen Geweren berufe, ein „Verzug“ oder ein „Tag“ (Vertagung) zu bewilligen sei.[1])

Wichtig ist der principielle Gegensatz, der sich in der Behandlung des Klägers gegenüber diesem Beweisantritt des Beklagten zwischen altsächsischem und fränkisch-schwäbischem Rechte zeigt.[2])

Nach dem Rechte des Sachsenspiegels und verwandten Stadtrechten muss der Kläger dem Beklagten in das Gericht des benannten Geweren folgen; die angesprochene Sache wird mitgeführt.[3])

Der Process geht jedoch hiemit noch nicht unter allen Umständen an das für den Autor zuständige Gericht über. Will der Benannte von einer Autorschaft nichts wissen oder bleibt er im Termin aus, so devolvirt der ganze Process ipso iure wieder an das erste Gericht: der Beklagte hat desshalb, wenn ihm der Kläger in einen fremden Gerichtsbezirk zu folgen gezwungen ist, Bürgschaft zu leisten, dass er ihm für diesen Fall bei dem ersten Gericht „Rechtes pflegen“ [4]) wolle.

d'un an et un jor. Vgl. dazu Warnkönig und Stein, franz. Staats- und Rechtsgeschichte III p. 221.

[1]) Bamberger Stadtr. (ed. Zoepfl) § 112, Aber der ander dem dy hab geanget ist wolt der ein verzihens darauz machen und wolt auf seinen geweren gen so wirt man im einen verzug dar umb geben nach dem als denn der gewere gesetzen ist. — Münchner Stadtr. swer zeug, hantfest oder brief bedarf oder geweren, den ainer stellen wil oder bedarf . . . . da sal man im tag umb geben als rechtes.

[2]) Laband p. 127; Sohm p. 107 Anm. 23.

[3]) Ssp. II, 36 § 6; Richtst. Landr. c. 14 § 6; Blume von Magdeb. Part. I, 15 c. 4; Kulm. R. III, 130: Wo her denne kummet do sal ym yener folgen mete . . . . ouch sal her das selbe pfert myt ym vuren tzu syme geweren. Magdeb. Fragen I c. 13 d. 1; Prager Rechtsb. 186.

[4]) R. Landr. c. 14 § 6. So vrag, oft eme de gewere up den he toge, nicht vor deme richte geweren ne wolde als it enes geweren recht si, oft he icht mit deme clegere wedder scole komen in dat gerichte unde pflegen rechtes, unde oft het icht verborgen scole. — Eine Ausnahme für

Dies Princip musste bei dem unbeschränkten Zugrecht des Sachsenspiegels die grösste Benachtheiligung des Klägers zur Folge haben. Der Kläger konnte auf diese Weise von einem Geweren zum andern geschickt werden und schliesslich statt des eigentlichen Thäters, den er suchte, doch nur einen Gegner finden, der wohl seinen redlichen Erwerb darzuthun, aber seinen Autor nicht mehr anzugeben wusste und sich bei der endlichen Restitution der Sache durch den Beweis seiner bonae fidei possessio von der Pflicht zur Zahlung von Busse und Wedde befreite. Wie dem Kläger dann Entschädigung werden sollte für den mit dieser Processverschleppung verbundenen Aufwand an Zeit und Mühe, ist nicht abzusehen. Die Inconvenienzen dieses Princips finden sich schon frühzeitig im angelsächsischen Recht gerügt und durch die Vorschrift beseitigt, dass der Beklagte seinen Geweren vor das Gericht, wo die Sache zuerst angesprochen war, zu bringen habe.[1])

Ebenso im fränkischen Recht, wo der Beklagte seinen Autor durch eine mannitio auffordert, zur Uebernahme des Processes vor dem Gerichte der angesprochenen Sache zu erscheinen.

Der Grundsatz des fränkischen Rechts ist in den Schwabenspiegel[2]) und alle süddeutschen Stadtrechte übergegangen[3]) und hat sich allmählich auch im Gebiete des sächsischen Rechtes Eingang zu verschaffen gewusst.[4])

Ausserdem schliessen sich die meisten Stadtrechte auch in Bezug auf die Beschränkung des Zugrechts dem altfränkischen

---

die Folgepflicht des Klägers besteht nur, wenn der Benannte jenseits des Meeres wohnt. Ssp. II, 36 § 5; sächs. Weichbildr. Art. 102.

[1]) Aethelr. Ges. II c. 9 (Schmid, Gesetze der Angelsachsen) consuluerunt sapientes, quod melius erat, ut saltem advocaretur ubi deprehendebatur, donec innotesceret, in quo stare vellet, ne forte impotens homo longius et diutius pro suo laboraret, et ut vexetur magis qui injuste conquisitum habeat in manibus et minus qui juste prosequitur.

[2]) Sohm p. 107.

[3]) Schwsp. (ed. Lassberg) 317 § 9; Bamb. R. 112; Wiener Stadtrechtsb. (ed. Schuster) 75 etc.

[4]) Gosl. Stat. 99 Z. 12—15; Lübisches R. (ed. Flach) cod. III, 340.

Rechte an, indem der Beklagte nur bis auf den dritten Gewährsmann zurückzugehen braucht, so dass, wenn das Streitobjekt durch die Hand dreier redlicher Vormänner auf den ersten Beklagten gekommen ist, der dritte Gewere unter allen Umständen die Antwort selbst übernimmt und das Recht des Beweises bekommt.[1])

Einige süddeutsche Stadtrechte[2]) suchten darauf hinzuwirken, dass der Beklagte zu dem ersten für die Stellung seines Autors angesetzten Termin alle seine Vormänner mitbrachte, und auf diese Weise die Processverschleppung zu verhindern, die entstehen musste, wenn im ersten Termin ein Autor erschien, der wiederum Vertagung beantragte, um seinen Vormann beizubringen.

Ebenso wichtig als die Frage der Competenz des Gerichts für den Process zwischen Auctor und Kläger erscheint die des Besitzstandes während der Dauer des Eviktionsprocesses. Nach süddeutschen Stadtrechten wurde das angesprochene Gut einer Sequestration unterworfen — dasselbe wurde entweder dem Richter ausgeantwortet[3]) oder es ging in den Gewahrsam einer zur Verwahrung gestohlener Sachen amtlich bestellten Person über, die dann von dem Kläger, falls er Sieger blieb, eine entsprechende Gebühr erhielt.[4]) Diese Sequestration schloss jedoch nicht aus, dass dem Beklagten, der seinen Geweren persönlich zum Termin laden wollte, auf Verlangen gegen Erlegung einer

[1]) Vergl. z. B. Lüb. R. cod. III, 334 de mach nenen werrent waren hebben wente an den dridden hant unde de dridde hant schal antwerden. — Brünner Schöffenb. 98. quamvis ad tertium, quartum, quintum et sic deinceps equus devolvi possit, semper in tertio iudicio equus debet obtineri vel amitti ad parcendum tantum laboribus vel expensis partium.

[2]) Wiener Stadtr. 75. Als der tag denn chumpt, daz man den ersten geweren do stellet, der peut auch wol seinen geweren; er mag sein nicht tag gehaben; wann umb den ersten geweren hat man nuer tag, die andern gewern, die man darnach peutet, die müzzen allen do ze stet sein; Bamberger St. 112.

[3]) Augsburg. Stadtr. 121; Rupr. c. 203; Bamberger Stadtr. § 110.

[4]) Wiener Stadtr. 75. Als er sein ros denn also bestettet, so sol er dem deupscherigen geben ze verfang zwelif phenning.

Caution das Gut für die Dauer der Frist ausgehändigt wurde.[1]) — Nach dem Rechte des Sachsenspiegels dagegen bleibt das Streitobjekt in dem Gewahrsam des Beklagten, bis ihm „dasselbe mit Recht abgewonnen wird.“[2]) Selbstverständlich ist das gegen seinen Autor ergehende Erkenntniss auch gegen ihn vollstreckbar. Denn der Gewere hat mit der Uebernahme des Processes zugleich die Verfügungsgewalt über die angesprochene Sache erhalten; wenn das Gut auch nach dem Eintritt des Geweren in den Process in den Händen des ersten Beklagten bleibt, so geschieht dies nur aus Utilitätsgründen.

Dies geht schon daraus hervor, dass nach altgermanischem Recht das Streitobjekt mit dem Bekenntniss der Autorschaft in die Hände des Gewährsmanns überging,[3]) der dem Käufer einstweilen den Kaufpreis zurückgab, ein Princip, das vereinzelt auch noch in den sächsischen Stadtrechtsbüchern sich findet,[4]) und ohne Zweifel auch jener Stelle in den Goslarer Statuten zu Grunde liegt, die vorschreibt, dass der Anevang bei jedem Geweren von neuem vorgenommen werden soll.[5])

Aus dem processualen Charakter der Benennung des Geweren an den Kläger erklärt es sich, dass von dem Verhalten des Autors gegenüber dem an ihn ergangenen Ruf nicht bloss die Erhaltung des Besitzes für den Nominanten, sondern der Ausgang des Processes zwischen Kläger und Käufer abhängt. Der Schwur, den der Nominant dem Kläger leisten muss „dat he't tie to rechtes tücht“ hat dieselbe processuale Bedeutung

[1]) Brünner Schöffensatz. 208 (Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler p. 397).

[2]) Ssp. II, 36 § 8; Richtst. Ldr. c. 13 § 2. So vrag we desse have de wile holden scal. So vintme de se in geweren heft.

[3]) Vgl. z. B. Form. zu Roth. 232 (Boretius, liber Papiensis, Mon. Germ. Leg. 4, 358 Sp. 2 Z. 4—25). Si dixerit (sc. warrentis): vendidi et volo stare in auctoritatem, det vadia, quod stet in auctoritatem; et ipse det vadia de contradictore et reddat precium et recipiat caballum.

[4]) Rechtsb. nach Dist. I c. 39 d. 1; Glog. Rechtsbuch c. 78.

[5]) Gosl. Statuten 100 Z. 2—8. bringhet en senne weren an gude dat ime gheanevanget is, so anevanghet man dat anderwarwe unde dridderwarwe unde also lange bente dat up dene kome det dat van ersten hebbe getüghet mit sineme gude. Sohm p. 112 n. 7; Labaud p. 127 n. g.

wie das Beweisgelöbniss[1]) des beklagten Besitzers, der dem Anevang gegenüber einen originären Eigenthumserwerbstitel geltend macht.

I. Diese Beweisführung durch Ziehen auf den Geweren konnte auf dreifache Weise misslingen.

1) Der Gewere ist nicht aufzufinden; er hat vielleicht im Besitze des von dem unrechtmässig erworbenen Gut gelösten Kaufschillings die Flucht ergriffen, um der drohenden Aufforderung des Käufers zur Gewährleistung aus dem Wege zu gehen.

2) Diesem Falle steht es gleich, wenn der Autor in dem Gerichtstermin ausbleibt; auch hier liegt eine Verletzung der Gewährleistungspflicht vor, denn der Gewere erfüllt nur dadurch seine contraktlichen Pflichten gegenüber dem Käufer, dass er gerade in dem anberaumten Termine erscheint. Die Folgen dieses Vertragsbruchs können nur beseitigt werden, wenn der Auctor geltend zu machen im Stande, dass er durch echte not am Erscheinen verhindert gewesen.[2])

3) Ganz anderer Natur, aber wegen der formalen Struktur des sächsischen Processes von denselben Folgen begleitet, ist das Abläugnen der Autorschaft seitens des Nominaten: nach Richtst. Landr. c. 14 § 7 ist der Nominirte „näher sich der werscap tu werende di tu werende tu crigene.“[3])

Nach lombardischem Rechte konnte es der Nominant zum Zweikampf kommen lassen, wenn er den Nominirten des Läugnens überführen wollte. Vgl. form. ad Roth. 232 cit. Vendidisti

---

[1]) Vgl. Sohm p. 117 ff.

[2]) Planck, deutsches Gerichtsverf. I § 65 p. 547. Löning, Vertragsbruch p. 105.

[3]) Vgl. Aethelr. Ges. (Schmid, Ges. der Angels. p. 211) II c. 9 § 2. Si mortuum hominem advocat (d. h. einen Todten als Autor benennt), si non habeat heredes, qui purgent eum, manifestet hoc cum testibus, si possit, quod recte advocet, et id per se purget. Tunc erit mortuus in culpa, nisi amicos habeat, qui eum mundificent . . § 3. Si tunc amicos habeat qui audeant hoc facere, tunc deficit advocatio, sicut si ille viveret ac negaret. Et habeatur furti reus ille, qui in manibus habet, quia semper est negatio fortior quam affirmatio.

tu mihi ipsum caballum? — Non feci. — Vis ei ardire? — Volo. — Et vis tu te defendere? — Volo.

Auch nach anglonormannischem Rechte stand es dem Beklagten frei, wenn er weder Zeugen noch Urkunden zum Beweise der Autorschaft beibringen konnte, den läugnenden Geweren zum Zweikampf zu provociren.[1])

Im französischen Processe finden wir diesen Brauch schon früh als unsittlich gerügt, da ja auf diese Weise jeder Dieb einen Fremden zwingen könne, mit ihm einen Zweikampf über die Wahrheit seiner Behauptung einzugehen, und desshalb nur die Ueberführung des Läugnenden durch Zeugenbeweis als zulässig erklärt.[2])

Diese drei Fälle: das Nichtauffinden des Geweren, sein Ausbleiben im Termin und das Abläugnen der Autorschaft haben processualisch das gemein, dass sie ein Misslingen des beklagtischen Beweisantritts involviren.

Ohne Zweifel entspricht es den Principien des germanischen Rechts vollständig, wenn wir in einzelnen Stadtrechten die ausdrückliche Bestimmung finden, dass dem Kläger das angesprochene Gut hier ohne weiteres zufiele, der Beklagte sachfällig werde und neben der Restitution auch Busse und Wedde zu leisten habe.[3])

[1]) Glanvilla, tract. de legib. et cons. regni Angliae (bei Philipps, engl. Reichs- u. Rechtsgeschichte p. 365) III c. 1 § 3. Si praesens in curia de warranto ei defecerit, quem ad warrantum traxerat, tunc inter eos omnino placitabitur ita, quod per verba hinc inde proposita, poterit ad duellum inde perveniri; sive suam cartam inde habuerit sive non, is qui eum vocavit warrantum, dum tamen testem idoneum inde ad dirarionationem faciendam habuerit, qui et hoc dirationare voluerit.

[2]) Beaumanoir, coutumes ch. XXXIV. a. 44. Se cil qui l'avoua à garant le veut prover par bons témoins, il doit bien estre receheus à le proeve; mes s'il ne le veut prover fors par gage de bataille, noz ne noz accordons pas, qu'il en viegne à garant; car ainsi porroient li larron avoer garant por eus metre en aventure d'escaper, si en porroient maint prodomme avoir à soufrir à tort.

[3]) Brünner Schöffenb. 98. Si arrestans termino praefixo illum ad quem equum devolvit, quem nominatim expressit et ad quem statuendum se voluntarie obligavit, in persona propria non statuerit, nisi legitimum obstet impedimentum, arrestans sine juratis et testibus equum obtinet ipso iure. — Besonders schroff sind die processualen Consequenzen des Bruchs

Der Sachsenspiegel dagegen spricht dem Kläger nur das Recht des Eidesbeweises zu (während er die Verurtheilung des Käufers zur Zahlung von Busse und Wedde ohne Rücksicht auf die Redlichkeit seines Erwerbes beibehält). Ssp. II, 36 § 5 u. § 7; Richtst. Landr. c. 13 § 2.

Einzelne Stadtrechte verlangen jedoch den Nachweis von dem Kläger, der ausser der Restitution noch Busse fordert, dass der Schwur des Nominanten „dat he't tie to rechter tücht" falsch gewesen sei.[1])

II. Erscheint der Gewere zu dem anberaumten Termine,[2]) um seine Autorschaft zu bekennen, so ist der Beklagte vom Processe und damit von aller Verantwortlichkeit gegenüber dem Kläger frei.[3])

Der Kläger kann gegen sein vollständiges Ausscheiden aus dem Processe nur in so weit gültigen Widerspruch erheben, als er ihn beschuldigt, mit dem Thäter (Dieb oder Räuber) im Einverständniss gewesen zu sein.[4])

Nach älterem germanischen Recht hat der Käufer gegen seinen Autor nur Anspruch auf die formelle Uebernahme des Processes, die in dem Bekenntniss der Autorschaft ipso iure gegeben, und auf Rückgabe des für das Vindicationsobjekt hingegebenen Aequivalents; auf die Erhaltung des Besitzes durch eine glückliche Processführung erstreckte sich die Gewähr-

am Geweren in einem Freiburger Rechtsbrief vom J. 1120 § 32 (Gengler Stadtr. des Mittelalt. p. 128) zum Ausdrucke gebracht: si vero a sibi noto se confessus fuerit emisse, quatuordecim diebus ei per civitatem nostram quaerere licebit, quod si non invenerit et warranciam habere non poterit, poenam latrocinii sustinebit. — Gosl. Statut. p. 80 Z. 28—30.

[1]) Z. B. Kulm. R. 130.

[2]) Ssp. II § 36 p. 5. Wirt he's gewert alse recht is.

[3]) Brünner Schöffenb. 98. Si de equo arrestato ille qui occupatus est, suum statuerit venditorem, liber erit et sic de ceteris. — Richtstr. Landr. c. 13 § 3.

[4]) Gosl. Stat. 100 Z. 9—11. We senne weren bringhet vor gerichte, de is des ledich unde los, it ne were dat he silve an der dat an rad oder an dat sculdich were.

leistungspflicht nicht.[5]) Der Käufer erhält von dem Autor „sein Geld“ zurück und es steht ganz in dem Belieben des processirenden Autors, ob er nach gewonnenem Process das Gut zurückerstatten oder selbst behalten will.[2])

Nach dem Rechte des Sachsenspiegels erscheint uns die Processübernahme des Geweren bereits von einem andern Gesichtspunkte; er „antwortet an Stelle des Beklagten“.[3]) Die Ersatzpflicht ist noch nicht mit dem Eintritt in den Process, sondern erst eventuell begründet, wenn es dem Geweren nicht gelungen, das Gut wirksam gegen den Kläger zu vertheidigen; desshalb bleibt das Streitobjekt sogar während des Eviktionsprocesses in dem Gewahrsam des Käufers.

So erklärt es sich, dass in der Rechtssprache des Mittelalters für den Begriff des geweren's allmählich Ausdrücke in Gebrauch kommen, die lediglich die Pflicht des Geweren, den Käufer durch eine glückliche Processführung in dem Besitz des angesprochenen Guts zu erhalten, hervorheben.[4]) Zweifellos musste diese Anschauung die baldige Reception des römisch-rechtlichen Grundsatzes, dass die Regressklage des im Eviktionsprocesse unterlegenen Käufers sich nicht bloss auf Rückerstattung des Kaufpreises, sondern auf Leistung des Interesses erstrecke, in der deutschen Partikulargesetzgebung befördern.

Der Käufer hat demnach an dem Processe, der sich nach dem Geständniss der Autorschaft zwischen Geweren und Kläger

---

[1]) Wenigstens lässt sich dies m. E. nicht quellenmässig feststellen.

[2]) Vgl. Sohm p. 109; v. Bethmann-Hollweg, Handbuch V. p. 351 Anm. 42; Warnkoenig u. Stein III n. 6. Garantirt der Citirte, so soll der Beklagte „estre quittes du plet“ u. „avoir son argent du garantisseur“.

[3]) Ssp. II, 36 § 6. Wert he's gewert alse recht is, di gewere mut antwerden an siner stat vor it gut.

[4]) Vgl. Iglauer Schöffenspr. p. 80. n. 90 wer dem andern bekennet, das her im eyn ros hab vorkaufet, der mus im das selb ros vreyen sam landes recht is. — Urkundenb. der Stadt Lübeck IV n. 565 (vom J. 1392) Ok so schal ik — en des vorscrevenen gudes waren unde . . . entledighen unde entfryen van ansprake. — Löning, Vertragsbr. p. 104 n 4.

entspinnt, noch insofern Interesse, als ein glücklicher Ausgang ihm den Besitz des angesprochenen Guts erhält.[1])

Macht der zur Processübernahme im Termin erschienene Autor selbst wieder einen derivativen Erwerbstitel geltend und gelingt es ihm, seinerseits seinen Geweren zur Vertheidigung in einem zweiten vom Gerichte angesetzten Termine beizubringen, so hat sich der Kläger an diesen zu wenden und mit ihm den Process fortzuführen.[2])

---

[1]) Keineswegs ist aber, wie Löning p. 436 behauptet, der Autor, der nicht im Stande ist, den Eviktionsversuch des Klägers zurückzuweisen, dem Käufer neben der Zurückerstattung des empfangenen Kaufpreises auch noch Zahlung seiner Busse schuldig. Vielmehr hat der unterliegende Autor als Processpartei dem Kläger Busse und dem Richter Wedde zu leisten. Gosl. Stat. 28 Z. 18 - 20. Of en en ervegut oder ander gut vorkoft, des he nicht gheweren ne mach, dat mot he weder don mit bute und mit wedde. — Magdeb. Bresl. Schöffenspr. III p. 2 c. 96. Geschege aber daz der man, dem eyn pfert wurde angesprochin, synyn geweren, dez her sich vormessen hatte und uf den heylegyn sich mit dem eyde geczogin hat, uf den benumptyn tag gestelle und ym des koufis bekente, zo sal de gewer desyn, unt wern ader syn gelt wedir gebin. — Kulm III, 130.

[2]) Ssp. II, 36 § 6; Magd. Bresl. Schöffenspr. III p. II c. 96 inf.; Gosl. Statuten 100 Z. 2—7.

§ 6a.

Der Vertrauensmann im Processe mit einem Dritten über die anvertraute Sache[1]).

Da nach deutschem Rechte der Gewahrsam, das faktische Innehaben ohne Rücksicht auf den animus, mit dem es ausgeübt wird, die Passivlegitimation in der Mobiliarklage verleiht, so ist auch der Depositar to behaldene dun), der Commodatar (leninge) und der Pfandnehmer, von einem Dritten auf Herausgabe der ihm anvertrauten Sache belangt, nicht berechtigt, Antwort zu weigern.[2]) — Er kann nicht unter Berufung auf die ihm contractlich obliegende Restitutionspflicht einfach die Herausgabe der angesprochenen Sache verweigern und den Kläger anweisen, sich selbst den zu suchen, der ihm das Streitobjekt zu Pfand, zu Leihe oder zur Aufbewahrung übergeben. Der Kläger hat ein Recht, sich an den zu halten, in dessen Gewahrsam er die vermisste Sache gefunden: wie er in den Besitz derselben gekommen, ist dem Kläger gleichgiltig, da er nur von dem Inhaber Restitution zu fordern befugt ist.

---

[1]) Dies Verfahren bedarf einer ausführlichen Erörterung, weil es uns ein interessantes altgermanisches Analogon zu der modernen sog. laudatio auctoris bietet — indem es denselben Zwecken auch processualisch in ganz ähnlicher Weise dient. Trotzdem ist es mir nicht möglich geworden, einen historischen Zusammenhang der laudatio auctoris mit dem in diesem Paragraphen geschilderten Verfahren zu entdecken und dadurch eine Bestätigung für die von Schütze ausgesprochene (krit. Vierteljahrschrift XI. p. 628 und wie es scheint von Renaud, Civilpr. § 51 getheilten) Vermuthung zu finden.

[2]) Vgl. über den Begriff des Antwort-Weigerns oben p. 42.

Nach den Principien des germanischen Beweisverfahrens ist aber eine wirksame Vertheidigung der Sache durch den Vertrauensmann gegenüber der klägerischen Ansprache nicht möglich; der Beklagte, der das Recht des Beweises erlangen will, muss einen zur Erwerbung des Eigenthums geschaffenen Titel für sich geltend machen können. Auch das würde an seiner Stellung nichts ändern, wenn er von der guten Sache seines Gegencontrahenten überzeugt wäre und die Vertheidigungsgründe desselben vorbringen wollte — aus dem Princip der Unzulässigkeit der Stellvertretung ergibt sich, dass der Beklagte, der zum Beweise gelangen will, sich auf eigene Rechte an der Sache berufen muss.

Die obligatorische Relation, vermöge deren der Beklagte sich in dem Besitze des Vindicationsobjekts befindet, ist in ihrer Wirksamkeit auf die Contrahenten beschränkt, der Pfandnehmer, der Commodatar kann wohl der Contraktsklage gegenüber mit Erfolg sich auf die ihm eingeräumten Rechte berufen, nicht aber dieselben einem Dritten, der durch Diebstahl oder Raub das in den Händen des Vertrauensmannes befindliche Gut verloren zu haben behauptet, mit Wirksamkeit entgegenhalten.[1]) Vielmehr erhält ein Dritter, der Besitzverlust ohne sein Wissen oder seinen Willen geltend macht, gegenüber dem die Herausgabe verweigernden Pfandnehmer das Recht des Beweises.[2])

Andererseits verlangen aber die Interessen des Deponenten, Commodanten etc. um so dringender Berücksichtigung, als derselbe das anvertraute Gut nur von seinem Contrahenten einklagen kann, nicht aber von einem Dritten, der als Anevangskläger auf Grund des ihm zugesprochenen Beweisrechts in den Besitz desselben gekommen ist.

Aus diesem Grunde hat das germanische Recht ein Institut geschaffen, das dem Deponenten[3]) eine Vertheidigung

[1]) Vgl. bes. Sohm p. 100.

[2]) Lüb. R. Cod. II, 157.

[3]) Ich werde von nun an der Kürze halber den Gegencontrahenten des Vertrauensmannes, um den unrichtigen Ausdruck auctor (der nur für den Gewern im Eviktionsprocesse passt) zu vermeiden, einfach Deponent nennen.

seines Gutes gegen den Anevangskläger ermöglicht, zugleich aber dem Zwecke dient, den belangten Vertrauensmann von aller Verantwortlichkeit gegenüber seinem Contrahenten und dem Kläger zu befreien und auch dem Kläger selbst willkommen sein kann, insofern er hoffen darf, auf diesem Wege zu seinem wahren Gegner und damit zu der ihm gebührenden Busse zu gelangen. [1])

Processualisch steht einer Processführung durch den Vertrauensmann nichts im Wege; [2]) er könnte sich darauf beschränken, den klägerischen Anspruch zu läugnen und die Herausgabe der angesprochenen Sache zu verweigern. Hätte dann aber der Kläger den ihm zufallenden Beweis seines Besitzverlustes geführt, so wäre das Streitobjekt unwiderruflich dem Vertrauensmann und dem Deponenten verloren, eine nachträgliche Berufung auf seine Pflicht, die Rechte einer dritten Person zu schützen, würde dem Beklagten nichts mehr nützen. Der Deponent, der sein Gut in den Händen des Klägers gelassen, könnte freilich von dem Vertrauensmann vollen Ersatz verlangen, da dieser der Contractsklage nicht entgegenhalten könnte, dass er sein Möglichstes zur Wahrung der Interessen seines Contrahenten gethan.

Der Vertrauensmann ist nämlich, wenn er auf Herausgabe der anvertrauten Sache von einem Dritten belangt wird, dem Deponenten gegenüber verpflichtet, dem Kläger sogleich nach der Ansprache von der ihm contractlich obliegenden Restitutionspflicht Mittheilung zu machen. Ist er aber dieser Pflicht nachgekommen, so hat er auf eine Vertheidigung der Sache für seine Person Verzicht geleistet und erklärt, dass von seiner Seite der sofortigen Befriedigung des klägerischen Anspruchs nichts im Wege stehe. Zugleich weist der Richter ex officio darauf hin, dass er die angesprochene Sache dem Deponenten unversehrt zurückzubringen schuldig sei, ein Be-

[1]) Ssp. III, 5 § 1 u. § 2; Richtst. Landr. c. 14, § 1—6; Glog. Rechtsb. 161; Blume von Magdeb. II, 2, § 9; Blume des Ssp. Pr. XXVIII (bei Homeyer, Richtst. Landr. p. 380) Dsp. 203; Livl. Sp. (bei Bunge, Altlivlands Rechtsbücher p. 146) III Art. 1 § 1 u. 2.

[2]) Vgl. Bar, Beweisurtheil p. 132.

streiten des klägerischen Anspruchs von seiner Seite aber voraussichtlich den Verlust derselben zur Folge haben werde und er sich desshalb hüten möge, processuale Verpflichtungen auf sich zu nehmen. Des Richters Antwort auf die Frage des Depositars, „ob er tu rechte vor enes andern mannes gut antwerden scole", bei Richtst. Landr. c. 14 § 1 lautet demnach nicht etwa deswegen verneinend,[1]) weil der Vertrauensmann dem Anevangskläger gar nicht als streitende Partei gegenübertreten könnte, sondern weil er durch die Berufung auf seine Restitutionspflicht zu erkennen gegeben, dass ihm vor Allem um den Schutz der Interessen des Deponenten zu thun sei.

Es ist deshalb m. E. unrichtig mit Homeyer[2]) anzunehmen, dass gegen den Depositar die Eigenthumsfrage nicht entschieden werden könne, weil er nicht der rechte Beklagte sei. Der Depositar ist durch das faktische Innehaben zur Sache legitimirt und berechtigt, durch ein blosses Bestreiten des klägerischen Anspruchs den Process mit dem Kläger allein durchzuführen. Dem Kläger wird der Beweis seines Anspruchs dann nicht erspart; ja es kann dem Vertrauensmann sogar rathsam erscheinen, die Vertheidigung des Streitobjekts auf sich zu nehmen, wenn er z. B. mit Sicherheit voraussieht, dass es dem Kläger nicht gelingen werde, den Beweis seiner Behauptung des unfreiwilligen Besitzverlustes zu erbringen. Die in diesem Falle erfolgende Abweisung des Klägers und seine Verurtheilung zu Busse und Wedde kommt dem Vertrauensmann ebenso zu Gute, wie umgekehrt das Gelingen des klägerischen Beweises ihn zur Restitution der Sache an den Kläger und Erlegung von Busse und Wedde condemnirt, ohne dass der Deponent irgendwie gegen sein eigenmächtiges Vorgehen Einspruch erheben könnte.

[1]) R. Ldr. cit. § 1 But me di tur antwerde umme gut, dat die en ander gedan heft, so spreke din vorspreke sus: her richter, N spreket dat N hebbe desse have eme gedan, des is se noch unde sine nicht, unde biddet ens ordels, oft he tu rechte vor enes andern mannes gut antwerden scole da von her eynes andern gut verlisen moge ader vorwirken.

[2]) Homeyer, Richtst. p. 137, 451; ähnlich Sohm p. 99 n. 7.

Der Richtsteig Landrechts cit. und die Blume des Sachsenspiegels machen dem Vertrauensmann keine Vorschriften für sein Verhalten gegenüber der Anevangsklage, sie zeigen vielmehr ihm nur den Weg, wie er sich am besten von einem Processe losmachen könne, in den ihn der Gewahrsam des Streitobjekts verwickelt, ohne sich einer Regressforderung seitens des Deponenten auszusetzen und ohne dem Kläger, dem er für die Restitution haftet, verantwortlich zu werden.

Mit dem Ssp. II, 31 § 3[1]) ausgesprochenen deutschrechtlichen Princip hat m. E. der im R. Ldr. c. 14 erörterte Fall gar nichts zu thun. Vielmehr bezieht sich dieser scheinbar ganz allgemein redende Satz auf einen speciellen einzelnen Fall, wie schon aus dem Zusammenhang erhellt, in dem derselbe in allen Rechtsbüchern wiederkehrt.[2])

Offenbar ist hier von der dieblichen oder raublichen Gewere eines zum Tode Verurtheilten die Rede, also nicht von anvertrauten, sondern von einem mit animus domini ausgeübten Besitz. Dem Eigenthümer des bei dem Verurtheilten sich findenden gestohlenen oder geraubten Gutes soll mit dem gegen den Dieb oder Räuber gefällten Todesurtheil, das eine Confiscation über sein Vermögen verhängt, keineswegs sein Recht verloren sein: vielmehr nimmt der Richter das Diebesgut, das sich in dem Nachlass des Verurtheilten findet, in seinen Gewahrsam, um es demjenigen auszuantworten, der innerhalb Jahr und Tag Ansprüche darauf geltend macht und allenfalls auch erhärten kann.[3])

[1]) Ssp. II, 31 § 3 nieman mach verwerken enes andern mannes gut, of he't under ime hevet, dennoch he sinen lief verwerket.

[2]) Ssp. II, 31 § 1 ff. Sve von gerichtes halven sinen lief vorlüset... § 2 Düve oder rof die man under ime vint, dat sal die richtere behalden under ime jar unde dach; of sik dar binnen nieman to ne tüt na rechte, die richtere kere't in sine nut. — Schwsp. § 199, 200; Rupr. c. 123.

[3]) Das verwerken ist an der obigen Stelle demnach in ganz prägnantem Sinne von einem Verluste durch Confiscation zu verstehen. Schwsp. 200. Nieman mag eines anderen mannes guot verwirken, der ez in siner gewalt hat. Sin selbez lip und sin selbes guot mag er wol verwirken.

Dagegen würde es zweifellos mit dem obersten Princip der germanischen Eigenthumsverfolgung[1]) in Widerspruch stehen, wenn man von dem Vertrauensmann behaupten wollte, er könne dem Deponenten das anvertraute Gut nicht verlieren oder verwirken. Wer nach deutschem Rechte eine bewegliche Sache vertragsmässig in den Gewahrsam eines Andern, sei es zur Aufbewahrung, zur Leihe oder zu Pfand gibt, hat dieselbe in das Vermögen seines Vertrauensmannes gebracht, der ihm demnach nicht als Detentor oder Besitzstellvertreter, sondern vielmehr als Schuldner gegenübersteht. Das Unvermögen der Naturalrestitution hat ipso iure eine Verwandlung der clage up varende have in eine clage um schult zur Folge, gleichviel ob der dritte Erwerber dem Kläger bekannt oder unbekannt, auf redliche Weise oder durch Diebstahl in den Besitz gekommen ist.[2])

Der Urtheiler[3]) verneint demnach die Frage des Depositars, ob er die Vertheidigung des anvertrauten Gutes übernehmen dürfe, nicht weil etwa ein gerichtliches Urtheil, das ihn zur Herausgabe des Streitobjekts condemnirt, für den Deponenten keine Rechtskraft habe, sondern weil er voraussieht, dass des Beklagten Vertheidigung sich auf ein Bestreiten des klägerischen Anspruchs beschränken und in Folge dessen der Kläger sogleich das Recht des Beweises bekommen würde. — Ich ziehe deshalb die positive Fassung der Variante zu Richtst. Landr. c. 14 § 1, da von her eynes andern gut verlisen moge (so dass er verlieren würde) dem Homeyer'schen Text[4]) vor der leicht den Irrthum erzeugt, als stehe R. Ldr. c. 14 § 1 in Zusammenhang mit Ssp. II, 31 § 3.

Dem Urtheile der Schöffen, dass der beklagte Depositar die Vertheidigung nicht übernehmen dürfe, hält der Kläger mit Recht entgegen, dass er das Ausscheiden des Beklagten aus dem Prozesse nicht dulden könne, er habe das Recht, von ihm

---

[1]) De idt ersten vorlenet oder versettet hefft, de waret sinen man. Vgl. Heusler, Gewere p. 496.

[2]) Vgl. Beaumanoir cit. XXXVIII, 2; XXXI, 16.

[3]) Richtst. Landr. cit. und Blume des Ssp. cit.

[4]) Homeyer p. 451 Anm.*

Restitution zu verlangen, da er die Sache in seinem Gewahrsam gefunden.[1])

Dem Beklagten bleibt nur ein Ausweg, sich von den Gefahren des Processes loszumachen, ohne die Interessen des Deponenten zu verletzen — er erbietet sich, dem Kläger denselben beizubringen, damit er gegen ihn seine Ansprüche verfolgen könne.

Den kürzesten Weg zur Erzielung dieses Resultats gewährt ihm das Recht, die anvertraute Sache in Gegenwart des Klägers dem Deponenten einzuhändigen, und sich dadurch von dem ihn ad causam legitimirenden Besitze zu befreien. In diesem Falle wird die bei der Lehre von der Stellung des Geweren so vielfach erörterte Frage des Besitzstandes während des zwischen Autor und Anevangskläger sich entwickelnden Processes gar nicht auftauchen: Der Vertrauensmann will sich mit der Rückgabe seiner contraktlichen Pflichten entledigen; wie sich der Deponent dem Kläger gegenüber verhält, ob er den Process siegreich durchführt oder den Anspruch des Klägers sogleich anerkennt, ist ihm gleichgiltig, er verlangt von seinem Gegencontrahenten keine Vertheidigung der Sache in seinem Interesse, sondern dass er durch ein Geständniss des dem beklagtischen Gewahrsam zu Grunde liegenden Vertrags und durch die Annahme der Sache aus seinen Händen ihn von seiner Haftpflicht befreie.[2])

Offenbar ist hier der belangte Vertrauensmann, wenn der Deponent nicht freiwillig auf die Kunde von der gegen seine Sache angestrengten Klage herbeieilt, gezwungen, ihn selbst aufzusuchen und den Kläger aufzufordern, er möge ihm zu demselben folgen. Denn da in der Rückgabe der Sache und Annahme desselben das Geständniss des Contraktes liegt[3]) so ist

[1]) R. Ldr. cit. § 2. So vrage de clegere nademe dat he sin gut dar gevunden heft bi deme dar he bliven wil mit rechte, we dar vor antwerden scole.

[2]) Planck, Deutsches Gerichtsverf. I § 56 p. 403 ff.; ders. Zeitschr. für deutsches Recht X p. 258; Laband p. 58.

[3]) Ssp. III, 5 § 2; R. Landr. c. 14 § 4. Wil aver jene deme it gut gedan is sic al des untwerren sven men em erst tusprikt, so du hed jeme

die Gegenwart des Klägers unerlässlich und die Vornahme des Aktes in seiner Abwesenheit ausdrücklich für wirkungslos erklärt.[1]) Andrerseits ist aber von einem Zwang für den Kläger dem Beklagten zu dem Deponenten zu folgen, hier nicht die Rede; desshalb ist dem Vertrauensmann dieser Weg, sich von seiner Haftpflicht zu befreien, nur dann offen, wenn es ihm gleich nach der Ansprache ohne Verzögerung des Processes gelingt, dem Kläger den Deponenten beizubringen.

Das zweite Mittel, das dem Vertrauensmann zu Gebote steht, um sich des Streitobjekts ohne Verletzung seiner Vertragspflichten zu entledigen, ist in seiner Durchführung mit grösseren Schwierigkeiten verknüpft, führt aber den Beklagten desto sicherer zum Ziele.

Derselbe kann nämlich, falls sein Vertragsgegner nicht zur Stelle ist, um mit der Annahme der Sache aus den Händen seines Vertrauensmannes in den Process einzutreten, vor Gericht den benennen, „de idt utgedan, gelygin ader vorsaczt het.“ Damit hat der Beklagte erklärt, dass er an dem Besitze des Guts kein eigenes Interesse habe oder doch ein solches nicht geltend machen wolle, mithin auf die Vertheidigung des Streitobjekts für seine Person verzichtet.

Keineswegs wehrt der Vertrauensmann mit der Berufung auf den Deponenten sich der Antwort — dies würde voraussetzen, dass der Kläger sich an den unrechten Beklagten gewandt und hätte eine Abweisung des Klägers zur Folge mit dem Bemerken, dass er sich selbst den richtigen Beklagten suchen solle.

---

wedder det it eme dede, dar it de cleger si unde si los. — Blume von Magdeb. II, 2 c. 153: lyet einer dem andern icht, und wirt iz under ym geansprachit; er mag iz wol yem wider antworten czum irstin, do der ansprochir keginwertig ist, ob ers one wandel blybin wil.

[1]) Das. II, 2 c. 8. Hot dyr ymant icht czu behaldin getan odir gelygin odir vorsatzt, ab daz undir dir geansprachit wirt, tu machst iz yeme nicht widergebin, der ansprochir in sy do keginwertig, daz ers sehe und hore, daz ers yeme wider gibt vor byderbin leuten, mit den ers volkome, ob ers bedarf.

Ebenso wenig würde es entsprechen, die Benennung des Deponenten an den Kläger als eine vorläufige Verweigerung der Einlassung zu bezeichnen, vielmehr hat der Depositar auf sein Defensionsrecht unwiderruflich verzichtet und darf die Herausgabe des Streitobjekts nur mit Rücksicht auf das seinem Besitze zu Grunde liegende Vertragsverhältniss im Interesse seines Gegencontrahenten, dem er die Möglichkeit einer Vertheidigung zu wahren hat, eine Zeit lang noch verweigern.[1])

Das Gericht beschliesst hierauf die Vorladung des Benannten, als wenn von vornherein der Kläger sich gegen ihn gewandt hätte.[2]) Die Ladung geschieht aber nicht in der gewöhnlichen Weise durch den Frohnboten, vielmehr erhält der Vertrauensmann den Auftrag, die Ladung in seinem Namen auszuführen.[3])

Hiedurch verliert aber keineswegs die Benachrichtigung des Deponenten vom Rechtsstreite ihren officiellen Charakter: an Stelle der publica fides des Frohnboten treten Zeugen, die bei der Ausführung der Ladung zugezogen werden müssen.[4])

Charakteristisch für diesen processualen Vorgang ist keineswegs die Benennung des Deponenten vor Gericht oder an den Kläger, sondern die Berufung des Beklagten auf die ihm vertragsmässig obliegende Restitutionspflicht und die in Folge dessen ihm bewilligte Befugniss, das Streitobjekt, bis der dem Deponenten zur Verhandlung über das anvertraute Gut angesetzte

[1]) Glog. Rechtsb. 161. Komt eyn ander und spricht ys an daz dorff her nicht vorantwerten der ys in geweren hat, ader dy clage sal her uff haldin.

[2]) Ssp. III, 5 § 1 dries over vierteinnocht sal man jenen vore laden vore to stande sin gut, of he wille.

[3]) Richtst. Ldr. cit § 2. So vrage we en tur antwerde beboden scole. So vint me de richter. So vrage de richter we de bode sin scole. So vintme de dat gut under sic hebbe.

[4]) Ssp. III, 5 § 1 den dach sal aver kündegen, die dat gut unde ime hevet jeneme det ime dede mit orkünde to hove unde to huse. — Richtst. Landr. cit. mit orkünde twier manne.

Termiu abgelaufen, noch in seinem Gewahrsam halten zu dürfen. — Ebenso wenig ist die Ausführung der Ladung durch den Vertrauensmann das Entscheidende — denn sie ist kein blosser Privatakt zwischen den beiden Contrahenten, so dass es etwa in die Willkür des Beklagten gestellt wäre, ob er dem Deponenten von dem Processe Mittheilung machen oder durch Ueberlassung des Streitobjekts an den Kläger sich von der Klage befreien wolle.

Sie dient zwar einerseits dazu, den Beklagten vor Regressansprüchen seines Contrahenten zu sichern — und insofern macht ihre Unterlassung den Vertrauensmann für den Verlust des Gutes dem Deponenten verantwortlich — aber andererseits hat der Kläger ein Recht darauf, von dem beklagten Depositar, der sich durch den Unschuldseid oder durch den Beweis des seinen Besitz begründenden Vertrags von der Diebstahlsbeschuldigung und damit von dem Verdachte unrechtmässigen Besitzerwerbs reinigen kann, zu verlangen, dass er ihm denjenigen schaffe, von dem er neben der Restitution auch Busse und Wedde für das ihm zugefügte Unrecht fordern kann.

Demnach ist der beklagte Vertrauensmann nicht bloss seinem Contrahenten gegenüber zur Ladung verpflichtet, sondern auch dem Kläger gegenüber: Die Ablehnung des richterlichen Auftrags zur Ausrichtung der Ladung seitens des Depositars, oder die Nachlässigkeit in der Ausführung desselben würde den Beklagten ebensowohl seinem Gegencontrahenten als dem Kläger verantwortlich machen. Der Kläger könnte von dem Depositar, wenn er sich nicht etwa auf unverschuldete Unkenntniss seines Vertragsgegners zu berufen vermag, ohne Zweifel auch die Busse einklagen, die er von dem Deponenten zu fordern berechtigt gewesen wäre.

Erscheint nun der Geladene auf den dreimal an ihn ergehenden Ruf zur Vertheidigung des Streitobjekts nicht, so wird dasselbe ohne weiteres dem Kläger ausgeantwortet.[1]) Dem Kläger wird dann auf sein Verlangen Friede gewirkt

[1]) Glog. Rechtsb. 161 kummet her denne czu dem drytten dinge nicht, so sal man jenen des seynen gewaldigen von rechtis wegen; Ssp. cit. vgl. Ssp. I, 78 § 1. Hevet en man geklaget uppe gut

gegen jeden späteren Anspruch des beklagten Deponenten. Doch schliesst dies selbstverständlich nicht aus, dass der Geladene auch nach vollzogener Addiktion des angesprochenen Gutes an den Kläger, wenn er nachzuweisen im Stande, dass er durch ehehafte not[1]) verhindert gewesen, im letzten Termin zu erscheinen, die Besitzeinweisung rückgängig machen und den Process mit denselben Rechtswirkungen aufnehme, wie wenn er noch zur rechten Zeit erschienen wäre.

Von einer Pflicht des Vertrauensmannes zur Zahlung von Busse und Wedde wegen des Ausbleibens des Geladenen ist hier nicht die Rede. Während der Käufer, der seinen Geweren zu stellen sich „vermizzet", wenn derselbe den Process nicht für ihn übernimmt, sachfällig und zur Zahlung von Busse und Wedde verpflichtet wird, hat der Vertrauensmann, dessen Gegencontrahent auf die Ladung hin ausgeblieben, mit der Restitution der Sache sich all seiner processualen Verbindlichkeiten gegen den Kläger entledigt.

Aeusserlich hat das Verfahren bei der Stellung des Geweren offenbar viel Verwandtes mit dem Processgange bei der Ladung des Commodanten, Deponenten und Pfandgebers: Vertrauensmann wie Käufer suchen eine dritte Person, die vom Kläger nicht direkt angegriffen ist, in den Process zu ziehen, damit sie die Vertheidigung des Streitobjekts übernehme, beide erlangen zu diesem Ende eine die Befriedigung des Klägers verzögernde Frist, an deren fruchtlosen Ablauf der Verlust des angesprochenen Gutes für den Beklagten geknüpft ist, in beiden Fällen wird infolge des auf die Benennung jener dritten Person hin neuangesetzten Termins ganz unabhängig von dem Willen der Gegenpartei der Process vertagt.

---

to dren dingen, man sale ine dar in wisen unde sal is ime geweldigen.

[1]) R. Ldr. 14 § 3. So vrag vort, oft men di icht scole enen vrede werken vor jenes ansprake. So vintme me scole, it ne beneme em echte not. — Ssp. II, 7. — Brünner Schöffenb. 114 ff. scriptum est, quod contra partem absentem, causa reipublicae quae apud vulgares dicitur „herren not" vel causae infirmitatis non fictae vel causa captivitatis . . . sententia de jure ferri non debet. — Planck, deutsches Gerichtsverf. II, § 142 p. 282 ff.

So sehr aber die processualen Formen in beiden Fällen äusserlich übereinstimmen, so verschieden sind die Motive, die den Käufer zur Benennung seines Gewereu vor Gericht bestimmen, von den Zwecken, die der Vertrauensmann bei der Ladung seines Contrahenten im Auge hat.

Der Käufer erklärt mit der nominatio auctoris für eine Vertheidigung des Streitobjekts in seinem eigenen Interesse sorgen zu wollen, durch den Geweren hofft er sich den angefochtenen Besitz zu erhalten; desshalb soll der Gewere „antwerden an sine stat“: zugleich hat er damit ausgesprochen, dass er nur durch seinen Autor sein bestrittenes Recht darthun zu können glaube. Es liegt desshalb, wie oben schon hervorgehoben, in dem Erbieten des Beklagten zur Stellung des Geweren ein Beweisantritt, dessen Misslingen dieselben nachtheiligen Folgen hat, wie wenn er einen originären Erwerbstitel behauptet hätte und dafür nicht den erforderlichen Zeugenbeweis erbringen konnte. [1])

Der Käufer, der seinen Geweren zur Uebernahme des Processes zu stellen verspricht und desshalb das Recht erhält bis zum Ablauf der seinen Geweren zum Erscheinen gesezten Frist die weitere Verhandlung in der Sache zu verweigern, hat die Vertheidigung des Streitobjekts auf sich genommen und trägt alle Gefahren des etwaigen Misslingens seines angetretenen Vertheidigungsbeweises. [2])

Der belangte Vertrauensmann dagegen, der sich vor Gericht auf den seinem Besitze zu Grunde liegenden Hinterlegungs-, Leihe- oder Satzungsvertrag beruft, hat damit zu erkennen gegeben, dass er für seine Person gar kein Recht an der Sache dem Kläger gegenüber geltend machen wolle. Auch der Käufer beabsichtigt mit dem Ziehen auf den Geweren die Processführ-

---

[1]) Vgl. noch Wiener Stadtr. 75. Ist awer, daz dem antwurter an dem gewern abget, oder leicht an sein selbes gezeugen, ob er sich vermezzen hat, oder seinen geweren abget an den gezeugen, so vestet der chlager selbdritt auf dem rosse mit aiden. — das. princ. so peutet der antwurter dez ersten tages wol seinen geweren, und hat auch dez ersten wol seinen tag. — das. 77.

[2]) Planck, deutsch. Gerichtsverf. I, § 65 p. 546.

ung mit all ihren Lasten auf einen Dritten zu übertragen — aber während der Käufer von der Vertheidigung des Gewere Aufrechterhaltung des ihm garantirten Besitzstandes hofft, dient die Ladung des Deponenten dem Vertrauensmann nur zur Vermittlung der Erfüllung seiner vertragsmässig übernommenen Restitutionspflicht.

Die Aufforderung, die der Käufer an seinen Autor ergehen lässt, ist demnach ein Privatakt zwischen den beiden Contrahenten, das Gericht versagt seine Mitwirkung, abgesehen von der Ansetzung eines neuen Termins, gänzlich. Dagegen hat die Ladung, die der Vertrauensmann übernimmt, denselben officiellen Charakter, wie die Ladung, die sonst der Frohnbote ausführt.

Der Deponent gilt von dem Augenblick an, wo die Ladung unter den erforderlichen Formalitäten an ihn gelangt ist, als Beklagter; sein Ausbleiben auf die dritte Ladung wird als Contumacia behandelt. Lässt der Deponent die ihm durch die Ladung gebotene Gelegenheit sein eigen Gut zu vertheidigen, vorübergehen, so ist ihm das anvertraute Gut unwiederbringlich verloren, ohne dass er den Vertrauensmann auf Ersatz belangen könnte. Der Contraktsklage hält der Depositar entgegen, dass er Alles, was in seinen Kräften stand, zur Erhaltung des Streitobjekts für seinen Contrahenten gethan und Jener die Folgen der Nichtbeachtung der an ihn ergangenen Ladung sich selbst zuzuschreiben habe.[1])

Der Schuldklage gegenüber führt der Vertrauensmann nämlich den Beweis, dass er die Ladung in der ihm aufgetragenen Weise ausgeführt und hiezu dienen ihm die Zeugen, für deren Beiziehung er bei der Ladung zu sorgen hatte.[2])

Erscheint der Geladene zu dem Termin, um den vom Beklagten behaupteten Contrakt zu läugnen, so liegt der Verdacht sehr nahe, der Beklagte habe sich durch Be-

[1]) Vgl. Blume von Magdeb. II, 2 c. 9: kumt er nicht daz seine mit rechte czu verantwortin, und wirt iz iem mit rechte angewonnen, er blybit iz on schode und an wandel.

[2]) Blume von Magdeb. cit. ob ers volkomen muge, alz recht ist, daz ers ein hot lazin wissin czu hove und czu house.

rufung auf einen Andern nur von einer Diebstahlsbeschuldigung befreien wollen.[1]) Hat sich deshalb der Depositar nicht schon vor der Ladung des Deponenten durch den Nachweis seines redlichen Besitzerwerbs vor einer peinlichen Ansprache gesichert, so kann ihn jetzt der Kläger mit der Diebstahlsklage belangen. Da aber die Möglichkeit vorhanden, dass der Beklagte trotz des Läugnens seitens des Geladenen auf rechtmässige Weise in den Besitz des Streitobjekts gekommen ist, indem er sich vielleicht in der Person seines Contrahenten geirrt, so ist der Beklagte doch näher den seiner Gewere zu Grunde liegenden Vertrag nachzuweisen, als der Kläger „ihn zu einem Diebe zu bereden.“ [2]) Die Restitution des Streitobjekts an den Kläger ist auch hier unausbleiblich, der Beklagte kann nicht etwa jetzt einen eigenen zur Erwerbung des Eigenthums geschaffenen Titel geltend machen, nachdem er mit der Berufung auf seine Restitutionspflicht einmal erklärt hat, dass er dem klägerischen Anspruch keine Behauptung entgegenhalten könne, die geeignet sei ihm das Beweisrecht zu verschaffen.

Dagegen kann auch der Geladene, der den Contrakt geläugnet hat, seinen Vertrauensmann für die weiteren Schicksale des Streitobjekts nicht verantwortlich machen; vielmehr liegt in dem Läugnen eine Ermächtigung für den Depositar mit der anvertrauten Sache nach seinem Gutdünken zu verfahren.[3])

Erscheint der Geladene in dem angesetzten Termin und gesteht die obligatorische Relation zu, auf Grund deren der Beklagte in den Gewahrsam des Streitobjekts gekommen sein will, so tritt er ipso iure in den Process ein, indem er mit dem Besitze des Streitobjekts die Beklagtenrolle übernimmt.

---

[1]) Vgl. Richtst. Landr. c. 14; Blume des Ssp. cit — anders Ssp. III, 5 § 1.

[2]) Blume des Ssp. cit. Der antwurter: Her Richter, ich mag wol beweisen, das mir is offenberlichin gethan ist zu haldene, bitt ich .... ap ich den beweysunge nehir zu bekomen byn, wen her mich zu eynem dybe bereden moge.

[3]] Blume des Ssp. cit. Der cleger, meyne vordeubte habe ich bey ym funden, dormit her sich an eynen geczogin hat, der is ym abetrat mit seynem louken.

§ 7.

Die Gewährleistungspflicht bei der Immobiliarklage des deutschen Rechts, insbesondere die Gewährspflicht des Lehensherrn.

Das deutsche Immobiliarsachenrecht verleiht Jedem, der sich in der Nutzung einer Liegenschaft befindet und den Besitz derselben mit dem Willen, das Gut zu einem der Nutzung entsprechenden Recht zu haben, ausübt, die Gewere und damit ein Recht, das der Inhaber nicht bloss gegen seinen Auctor, sondern gegen jeden Dritten geltend machen kann.

Jeder Inhaber der Nutzungsgewere auf Grund eines obligatorischen Vertrags kann von seinem Autor Gewährleistung der ihm eingeräumten Rechte verlangen. Diese Gewährspflicht äussert sich zunächst in der Pflicht zur Aufrechterhaltung des garantirten Besitzstandes, falls der Nutzungsberechtigte auf Herausgabe der Liegenschaft belangt wird: auch bei der Immobiliarklage wird die Erfüllung dieser Pflicht vermittelt durch die Uebernahme des Processes seitens des Geweren. Ob der Auctor das Gut vollständig veräussert oder die Eigengewere (das dominium directum) sich zurückbehalten, ändert nichts an seiner Pflicht, dem Erwerber das übertragene Recht gegen jeden Eviktionsversuch zu vertheidigen.[1])

---

[1]) Ssp. III, 82 § 2; Gosl. Statuten p. 26 Z. 23—27, Z. 5; Dsp. 352; Rechtsb. nach Dist. I, 46 d. 1.— Vgl. Löning p. 443; Laband p. 285 ff.; Victor v. Meibom, deutsches Pfandrecht p. 361; Heusler p. 237 ff. — abweichend Planck, deutsches Gerichtsverf. I § 67 p. 584 ff.

Eine fundamentale Abweichung der Gewährleistungspflicht in der Immobiliarklage von der Gewährspflicht des Veräusserers in der gegen den Erwerber angestellten Mobiliarklage ist durch das Institut der rechten Gewere herbeigeführt, indem unangefochtener Besitz von Jahr und Tag den Inhaber der Nutzungsgewere der Angabe des Erwerbsgrundes und damit der Berufung auf seinen Auctor überhebt und ihm das Recht verleiht, durch den Eid über sein Besitzesrecht den Vindicanten abzuweisen.

Demnach hat der Käufer eines Immobile, der Lehensmann, der Satzungsberechtigte etc., wenn er innerhalb Jahr und Tag in einen Process über das detinirte Gut verwickelt wird, seinen Autor zur Vertheidigung zu stellen, wie bei der Mobiliarklage, während es nach Ablauf dieser Zeit ihm freisteht, ob er seinen Autor zur Gewährleistung auffordern oder den Process selbst führen, d. h. durch die Beschwörung seines rechtmässigen Besitzes den Kläger abweisen will.[1])

Die Gewährspflicht des Lehensherrn bedarf einer besonderen Besprechung sowohl wegen verschiedener Eigenthümlichkeiten, die sie auszeichnen, als wegen ihrer Bedeutung für die Interpretationsgeschichte der c. 2 C. ubi in rem actio, die wir später zu erörtern haben.

Der Lehensmann hat aus der Belehnung einen Anspruch gegen seinen Herrn, dass er ihn in den verliehenen Gebrauchs- und Nutzungsbefugnissen an der Sache gegen Ansprache seitens eines Dritten schütze. In seiner Eigenschaft als Gewährsmann heisst der Verleiher dominus et auctor.[2])

---

[1]) Soester Stadtr. 34. Possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit et sic de cetero sui warandus erit nec amplius supra praedictis gravari potest. — Laband p. 330 ff.

[2]) Vgl. Meichelb. H. F. II, 2 n. 184 (a. 1285). Huius infeodacionis dominum et auctorem qui vulgo dicitur Gwer, nos esse profitemur in omnibus quae sunt juris. — Mon. Zoll. II, 151 (a. 1283). exhibentes nos eorundem feodorum auctorem quod vulgo gwer dicitur, coram quocunque judice competente. — II. feud. 25. tale est sapientum nostrae civitatis consilium, ut si vasallus cum de feudo interpellabatur, auctorem suum id est dominum, ut eum defenderet, vocavit (Laspeyres p. 204); Ssp. Lehnr. 14 § 3; 49 § 1; 78 § 1; 75 § 3; Homeyer III p. 398.

Ist der Lehensmann in unangefochtenem Besitz von Jahr und Tag, so kann er den Rechtsstreit allein durchführen, die Stellung seines Autors zur Uebernahme des Processes ist zwar zulässig, aber nicht nothwendig; ja es soll nicht einmal das Abläugnen der Autorschaft seitens des erschienenen Geweren zu Gunsten des Klägers den Effekt haben, die Wirkungen der rechten Gewere zu zerstören. Nachtheilige Folgen hat die Verletzung der Gewährspflicht für den Vasallen nur, wenn er vor Ablauf der zur Erwerbung der rechten Gewere nothwendigen Zeit auf Herausgabe des Lehens von einem Dritten belangt wird.[1])

Behauptet in diesem Falle der Kläger Eigenthumsrecht an dem vom Lehensmann detinirten Gut, so hat der Beklagte seinen Geweren zu seiner Vertheidigung zu stellen. Beruft sich aber der Kläger selbst auf einen derivativen Erwerbstitel, gleichviel ob Kauf, Satzung oder Belehnung, so hat auch er seinen Autor zur Uebernahme des Processes beizubringen.[2]) — Erscheinen die Autoren beider Parteien, so fechten diese die Sache mit einander aus. Der Sieg des Einen oder des Andern entscheidet auch über das behauptete Recht des Nominanten.[3])

In beiden Fällen hat das Unvermögen des Gewährsmannes, den Process siegreich durchzuführen, den Verlust des Streitobjekts für den Lehensmann zur Folge und begründet zugleich eine Verpflichtung zur Schadloshaltung gegenüber der nominirenden Partei.[4])

[1]) Richtst. Lehnr. 29 § 7. Hedde aver dat en in geweren had ses weken unde en jar, de vrage oft he des icht neger to behaldenne si, eft des de herre wol deme andern bekande unde is eme gewert med vingeren und mit tungen. Dat vintme. — Laband p. 334 n. 111; anders Planck, deutsches Gerichtsv. I § 73. p. 655; Homeyer III p. 399.

[2]) Schwsp. 208. Sprechent zwene man ein ander an umbe ein gut mit glicher wer, unde gihet der eine ez si sin eigen, der ander giht, ez si sin lehen, der daz lehen ansprechet, der bringe seinen geweren.

[3]) Schwsp. 207. Und bringent sibeide ir gewern, so rechten die geweren mit einander; und sweders gewern da behebet, der in da lobete ze bringenne, der hat behebet, und der ander hat verloren.

[4]) Ssp. Lehnr. Art. 33 § 1 ff. Svat so en herre von mutwillen liet sime manne, des he ine nicht geweren ne mach, dat sal he ime irstaden.

Die Ersatzpflicht des Lehensherrn wird erfüllt entweder durch Rückgabe des von dem Vasallen für das evincirte Gut hingegebenen Aequivalents oder durch Verleihung eines andern gleichwerthigen Gegenstandes.[1])

Bleibt dagegen der Lehensherr im Termine aus, sei es, dass er seine Autorschaft läugnet oder sich weigert, die Vertheidigung zu übernehmen.[2]) so ist das Streitobjekt noch nicht ipso iure für den beklagten Lehensmann verloren, vielmehr hat er das Recht, falls auch eine zweite von dem Oberlehensherrn an seinen Auctor ergangene Aufforderung zur Gewährleistung keine Beachtung gefunden hatte, von seinem Oberlehensherrn direkt Gewährleistung zu verlangen. Wenn er nun durch dessen Hilfe Sieger im Process blieb, so wurde er sein unmittelbarer Vasall und seinem Autor war die Lehensherrlichkeit verloren.

Unterlag aber der Lehensmann in Folge des Ausbleibens seines Autors im Processe, so war er in derselben Weise regressberechtigt, wie wenn sein Autor zur Uebernahme des Processes zwar erschienen, aber in demselben unterlegen wäre.[3])

Demnach ist die Gewährspflicht des Lehensherrn in ihrer processualen Durchführung in wesentlichen Punkten anders gestaltet, als die Stellung des Geweren im Landrecht.

Während der Käufer im Landrecht, wenn sein Autor seinem Rufe zur Gewährleistung nicht Folge leistet, das Streitobjekt ohne weiteres an den Kläger verliert, kann der beklagte Lehensmann, nachdem sein Versuch, seinen dominus zur Uebernahme des Processes zu stellen, fehlgeschlagen, von seinem Oberlehens-

---

[1]) Ssp. I, 9 § 5; II. feud. 25.

[2]) Ssp. Lehnr. 48 § 2; 49 § 1; 14 § 4; ähnlich Glanvilla III. c. 6 § 2. Esto ergo, quod tribus vicibus essoniato domino tenentis consideretur, quod ipse ad curiam veniat, vel responsalem mittat, qui si neque tunc venerit nec responsalem miserit, considerabitur, quod tenens ipse inde respondeat et defensionem inde suscipiat, et si per defensionem vicerit, sibi quidem terram illam retinebit et servitium domino Regi de cetero inde faxit, quia dominus suus servitium suum per defaltam suam amittet, donec veniat et inde facit quod inde facere debet.

[3]) II. feud. 25.

herrn verlangen, dass er ihn in dem angefochtenen Besitze schütze.[1]) — Ebenso singulär erscheint die Bestimmung, dass ein Lehensherr fürstlichen Standes nicht persönlich zur Erfüllung seiner Gewährspflicht erscheinen müsse, vielmehr sich durch einen seiner Dienstmannen auf Grund einer schriftlichen Vollmacht vertreten lassen könne.[2])

Eine weitere Eigenthümlichkeit der Stellung des Geweren in der Immobiliarklage steht im Zusammenhange mit dem Angeloben der Klagengewere,[3]) die sich in manchen sächsischen Stadtrechtsbüchern als allgemeine Voraussetzung der Pflicht des Beklagten (im Immobiliarprocesse) zu antworten findet.[4]) Mit der Angelobung der Gewere ist dem Kläger jede Möglichkeit genommen, eine wesentliche Aenderung in seinen Klageanträgen vorzunehmen; er darf seine Forderung weder erhöhen noch erniedrigen, noch sonst erheblich modificieren.[5]) Die processuale Verpflichtung des Klägers zur Angelobung der Gewere lässt sich ähnlich geltend machen, wie im modernen Processe die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung für die Processkosten. Der Beklagte kann einfach Antwort weigern (seine Einlassung verweigern), bis der Kläger seiner Pflicht nachgekommen ist.

Mit der Angelobung der Gewere ist aber die Processobligation beider Parteien begründet, nicht blos des Klägers; denn

[1]) Ssp. Lehnr. 49 § 1. untvalt he ime der wescap als he ime mit rechte geweren sal, dat sal die man sime overen herren klagen vor sinen mannen, unde die sal ime gebieden mit ordelen, dar trene sine man horen, dat he sinen manne recht du unde des gudes sin rechte gewere si. Of he des danne nicht ne dut, so sal it ime die overen herren salven lien, unde sal is sin gewere sin, of it die man getüget alse lenrecht is.

[2]) Schwsp. 207.

[3]) Planck I. p. 382. Ihre Bedeutung für den Zweck meiner Abhandlung wird sich aus dem dogmengeschichtlichen Theil ergeben.

[4]) Blume von Magdeb. Part. II, 2 c. 39. Beclagit ein man den andern um eine gerade odir um ein herwete odir erbe, do muz er eine gewere gelobin und vorburgin; dy weile dy nicht gelobet noch vorburgit ist, so darf ienir nicht antworten.

[5]) Wasserschl. I, 245. Dy gewere bedeut, daz keyn man seyne clage gebessern noch ergern mag weder gehoen noch genyrdigen.

auch der Beklagte kann, sobald er von seinem Recht, von dem Gegner diese Processcaution zu verlangen, mit Erfolg Gebrauch gemacht hat, unter keinem Vorwande mehr aus dem Processe ausscheiden, um einer andern Person die Lasten desselben aufzubürden, er muss den Process allein durchführen, sein Recht zur Stellung eines Geweren ist präkludirt.[1])

Im anglonormannischen Recht findet sich das Princip auch für die Mobiliarklage durchgeführt.[2])

---

[1]) Wiener Stadtr. 115. Hat awer er des weingarten ein geweren, den schol er pieten, ee das er ewenteuer voder. Peut er den, ee daz er ewenteuer voder, so hat er seines geweren wol tag auf daz nascht taiding. Er sol auch da zu stet seinen geweren nennen, vodert er aber ebenteur, ee daz er den gewern peut, so hat er den geweren vertaidingt, und mues er dann selb antwurten nach der ebenteuer als recht is vgl. mit Art. 90. die purger ze wienn . . . . haben auch das bestettet pei chunig Ruedolfen daz man umb alles erb nicht antwurten schol an ewenteur.

[2]) Wilhelms I. Ges. (Schmid, Ges. d. Angels.) p. 337) § 21 § 1 De entercement de vif aveir, ki l' voldra clamer pur embled e voldrad duner gunage, e truver plege a parsuire sun apel, dunc estuvera celui, ki l'avera entre mains, numer son garant, s'il l'ad. § 2. En Westsexenelaghe ne vocherad il mie sun guarant devant iceo qu'il seit mis en guage.

§ 8.

Der germanische Eviktionsprocess als die historische Grundlage der modernen laudatio seu nominatio auctoris.

Die Interpretation der c. 2 C. ubi in rem actio bietet uns in ihrer fortlaufenden geschichtlichen Entwicklung von der Glosse bis zur Begründung der historischen Schule mit dem Ende des vorigen Jahrhunderts ein interessantes Spiegelbild von der ganzen Macht, die ein altes germanisches Institut unbewusst auf Theorie und Praxis ausübte, von der ganzen Zähigkeit, mit der germanische, im Volke wie in der Gesetzgebung fortlebende Anschauungen ihrer vollständigen Verdrängung durch die immer weiter um sich greifende Herrschaft des römischen Rechts entgegenstrebten.

Ich meine nicht das Fortwirken der deutschrechtlichen Lehre von der Gewere in den Schriften der Glossatoren, unter dem die klare Auffassung so mancher römischen Gesetzesbestimmung litt — wiewohl die dunklen Vorstellungen von der römischen possessio, insbesondere von den charakteristischen Merkmalen der alieno nomine possessio, juris quasi possessio und der civilis possessio, wie sie uns in der Besitzestheorie der Glossatoren entgegentreten,[1]) gewiss auch das Verständniss der c. 2 C. ubi in rem actio ihnen erschwerte.

[1]) Vgl. darüber: Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter p. 109 ff.; Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts p. 101 ff.; Heusler, Gewere p. 297 ff.

Vielmehr ist es in erster Linie das oberste Princip des germanischen Eviktionsprocesses, die Succession des gewährleistenden Auctors in die Beklagtenrolle, das der gemeinrechtlichen, auf eine falsche Interpretation jener Codexstelle basirten Doctrin von der laudatio auctoris zu Grunde liegt.

In der That bietet das in der c. 2 C. cit. uns geschilderte spätrömische Versäumnissverfahren gegen einen indefensus dominus possessionis und insbesondere der Wortlaut dieses Gesetzes so viele Anklänge und Anknüpfungspunkte an jenes alte germanische Processinstitut des Ziehens auf den Geweren, welches sich ja in ganz gleichförmiger Weise consequent durchgebildet in allen germanischen Rechtsdenkmälern, von den leges barbarorum herauf bis zu den deutschen Partikularrechten und dem code de procédure civile des französischen Rechts findet, dass man sich nicht wundern kann, wenn im modernen deutschen Civilprocesse das von der romanisirenden gemeinrechtlichen Doctrin beseitigte Verfahren bei der Stellung des Geweren auf der Basis einer römischen Gesetzesinterpretation sich seine Herrschaft zu wahren wusste.

Man hat sich bis jetzt begnügt darauf hinzuweisen, dass das römische Recht mit dem Terminus „laudatio auctoris“ etwas ganz anderes bezeichnet habe, als der moderne deutsche Civilprocess, dass derselbe im corpus iuris stets synonym mit der Litisdenunciation an den Auctor im Eviktionsprocesse[1]) gebraucht werde. Aber eine historische Begründung dieser eigenthümlichen Erscheinung, dass im modernen Processrechte ein von der Litisdenunciation völlig verschiedenes Institut eine synonyme Bezeichnung führt, ist bis jetzt noch nicht versucht worden. Man hat es vielleicht für eine Zufälligkeit ohne alle principielle Bedeutung für den Charakter des Instituts gehalten, dass die Doctrin dem dominus possessionis (der c. 2 C. cit.) einen auctor, der nominatio eine laudatio substituirt und doch liegt gerade hierin der Kern seiner ganzen geschichtlichen Entwicklung.

[1]) Vgl. Fuchs, die Lehre von der Litisdenunciation p. 3; Emminghaus, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XVIII (N. F.) p. 422 n. 2.

Bekanntlich [1]) ist der Unterschied der Litisdenunciation im Eviktionsprocesse [2]) von der nominatio auctoris nach der heutigen Doctrin darin zu suchen, dass der Litisdenunciant sich einen Regressanspruch an eine dritte Person, von der er sein Recht an dem vindicirten Gegenstande ableitet, sichern will und sie zu diesem Zwecke auffordert, durch Theilnahme am Rechtsstreite ihre Interessen zu wahren, der Nominant dagegen von dem Ausgange des Processes sich selbst keinen Gewinn verspricht, wohl aber mit Sicherheit die ihm im Falle unglücklicher Processführung drohende Regressforderung seitens des Nominaten voraussieht. Dem Denuncianten [3]) steht der Denunciat als gewährspflichtiger Auctor, dem Nominanten der Nominat als regressberechtigter Gegencontrahent, der auf Restitution des Streitobjekts Anspruch hat, gegenüber.

Der Nominant hat gar keine Rechte an dem vindicirten Gegenstand oder verzichtet auf den Schutz derselben zu Gunsten einer dritten Person, des von ihm nominirten dominus possessionis, der an einem glücklichen Ausgange des Processes am meisten interessirt ist.[4])

Wenn wir auf die Etymologie des Wortes auctor [5]) verweisend, daran erinnern, dass nach altrömischem Rechte in dem Geschäfte der mancipatio, das die Uebertragung eines Rechts auf einen Andern begründen sollte, zugleich die Haftung für die nicht gewährte Uebertragung enthalten war, so liegt es klar zu Tage, wie vollständig es der Logik widerspricht, den Nominaten, der dem Beklagten nicht als regresspflichtig, sondern als regressberechtigt gegenübersteht, als auctor zu bezeichnen.[6])

[1]) S. meine obigen Ausführungen p. 11 ff.

[2]) Fuchs, cit. p. 7 u. 12.

[3]) Ich spreche hier von der Litisdenunciationstheorie des römischen Processes, der dies Institut bekanntlich nur im Eviktionsprocesse anwandte. Vgl. Fuchs, oben cit.

[4]) Wetzell, System p. 51; Bayer, Vorträge § 48 p. 151.

[5]) Von augere = der Vermehrer, Bekräftiger; vgl. Huschke, das Recht des Nexum p. 180 n. 269.

[6]) Das germanische Recht hat allerdings, wie ich oben p. 67 ff. darzulegen versuchte, diesen Gegensatz zwischen der Stellung des Käufers und der des restitutionspflichtigen, am Ausgange des Vindicationsprocesses

Ich beabsichtige nun in diesem letzten und wichtigsten Theil meiner Abhandlung an der Geschichte der Interpretation unserer Codexstelle den Nachweis zu liefern, wie sich aus der nominatio domini der c. 2 C. cit. die laudatio auctoris des modernen Processrechts zu einem im wesentlichen noch auf germanischen Principien beruhenden Institut entwickelt hat.

I. Die Glossatoren.

In den Schriften der Glossatoren tritt bei der Interpretation der c. 2 C. cit. dieselbe auffallende Uneinigkeit hervor, welche für ihre Auffassung der possessio des römischen Rechts so charakteristisch ist.[1]) Der Gegensatz zwischen Bassianus (Azo) und Irnerius (Placentinus) in der Präcisirung des Begriffs der possessio macht sich auf die eklatanteste Weise[2]) in der von ihnen versuchten processualen Construktion der c. 2 C. III, 19 geltend.

Bekanntlich ist die Besitzestheorie des Bassianus am meisten von der germanisch-rechtlichen Idee der mehrfachen Gewere an derselben Sache beeinflusst,[3]) er sieht in der civilis possessio des römischen Rechts eine possessio animo („civiliter tantum possidens") in der possessio naturalis eine possessio corpore: beide wären nach ihm zwei selbstständige Arten des Besitzes — die civilis possessio könnte sine naturali und die naturalis possessio sine civili tradirt werden „quia duae possessiones diversae, sicut si binas aedes habeo, unam possum vendere et tradere."

Da der Glosse des Bassianus das Charakteristische der naturalis possessio das corporaliter tenere ist, soweit mit demselben ein dinglicher Schutz sich verbindet, demnach Interdiktenbesitz des römischen Rechts und Nutzungsgewere des

ökonomisch nicht interessirten Besitzers scharf ausgebildet, indem es für den einen das Institut des Ziehens auf den Gewereu, für den andern das Institut der Ladung des Deponenten, Commodanten und Pfandgebers seitens des auf Herausgabe der Sache belangten Vertrauensmannes schuf.

[1]) Heusler, Gewere p. 300.

[2]) Vgl. darüber Dav. Mevius, decision. p. VIII, 321 n. 7.

[3]) Bruns, cit. p. 109.

germanischen Rechts identisch erscheinen, so fasst er unter dem Begriff der naturalis possessio das Lehen, die Emphyteuse, den Ususfruktus zusammen.

Gl. ad l. 3 § 5 D. 41, 2. Dic ergo secundum Joannem duos in solidum possidere .... sed unus civiliter, alter naturaliter, sicut fructuarius et proprietarius, item dominus et vasallus, item dominus et emphyteuta. Sed quid si ille qui habet naturalem tantum ut vasallus et similes alii det in feudum vel in emphyteusin, an habeat postea civilem? Respondeo secundum Joannem (sc. Bassianum) naturalemtransferre.

Dem blossen Detentor, dessen Recht nur gegen den dominus possessionis resp. seinen Gegencontrahenten wirksam wird, erkennt Bassian folgerichtig keine possessio zu: aus dem alieno nomine possidens der c. 2 C. cit. wird ein alienam rem possidens, dem der dominus possessionis als civiliter tantum possidens, als Inhaber des dominium directum im Sinne der italienischen Doctrin gegenübersteht.

Aus diesem intensiven Anschluss an deutschrechtliche Ideen wird es erklärlich, dass Bassianus in seiner Interpretation noch streng an der Beschränkung der nominatio domini auf den Besitzer unbeweglicher Sachen festhält, dass ihm der dominus possessionis als der Lehensherr, der alterius nomine possidens als der Vasall erscheint, kurz dass er in der Constitution die römisch-rechtliche Erledigung einer in den libri feudorum häufig erörterten Frage sieht.

Nach ihm enthielte die c. 2 C. cit. Verhaltungsmassregeln für den auf Herausgabe des detinirten Gutes belangten Lehensmannes. Offenbar ist es eine Reminiscenz an II feud. 25, wenn er dem Vasallen im Falle des Nichterscheinens seines dominus („quod si dominus vocatus non venerit“) das Recht verleiht, den Process mit dem Kläger allein fortzusetzen, wenn er die missio in possessionem, von der die Constitution redet, für eine Uebertragung der blossen civilis possessio hält, die dem Vasallen keineswegs das Recht der Vertheidigung seiner naturalis possessio benehme.

Hugolinus bei Haenel, diss. dom § 141 p. 370. Putat (sc. Joannes Bassianus) omnimodo conveniri posse, et si (sc. dominus)

non veniat, mittatur actor in possessionem nec tamen dicit, istum vasallum amittere possessionem, quia ita inductus non naturalem, sed civilem possessionem habet, utpote quum alius eam habeat.

Bei Bassianus finden wir schon angedeutet, wie sich aus der nominatio domini allmählich der Terminus laudatio auctoris entwickeln konnte. Nach Bassianus würde uns in der c. 2 C. III, 19 ein besonderer Fall des Eviktionsprocesses vorgeführt.

Was im römischen Eviktionsprocesse der auctor, ist im germanischen der Gewere (warrantus, garant). Der Gewere im Lehnrecht erscheint in seinem Verhältniss zu dem Vasallen, der das Recht hat von ihm Vertheidigung des Lehensgegenstandes gegen Angriffe Dritter zu verlangen, stets als dominus, gleichviel ob er selbst über sich noch einen Lehensherrn anerkennt oder im dominium directum sich befindet.

Vergl. II feud. 25. Quidam vasallus a domino tenebat feudum, de quo ab aliquo interpellatus fuit: et sic vasallus dominum vocavit, ut eum defenderet: domino renuente ad judicem venire, vasallus amisit causam per sententiam .... Hiezu Gl. 59 id est dominum auctorem laudavit . . . evicti feudi nomine, ut adversus dominum agat vasallus, litem denunciare ipsi domino tenetur.

Azo hat das Verdienst, die Theorie des Bassianus unter scheinbarer Beseitigung aller darin sich findenden lehenrechtlichen Anklänge weiter entwickelt zu haben. Aus einem alieno nomine possidens wird ein pro alieno sed sibi possidens, worunter vorzüglich der Dinglichberechtigte verstanden wird; der dominus tritt ihm unter der Bezeichnung suo nomine possidens gegenüber, während dem blossen Detentor die possessio ausdrücklich abgesprochen wird. Trotzdem weicht Azo von Bassianus, der die Anstellung der Eigenthumsklage nur gegen den „naturalis possessor“ für zulässig hält, bereits darin erheblich ab, dass er auch dem Detentor die Passivlegitimation verleiht und demnach die Ausdehnung der Nomination auf den nudus detentor für unbedenklich erklärt.[1])

[1]) Azonis summa in III. lib. cod. tit. XIX. Item instituitur contra eum qui nullo modo possidet, sed est in detentione rei, ut contra colonum vel inquilinum vel commodatarium vel depositarium.

Bei ihm finden wir zuerst die Idee ausgesprochen, die jetzt durch Wetzell's Autorität die Grundlage der herrschenden Ansicht ist, dass die Nomination je nach der Intensität des Interesses, das der Beklagte am Besitz des Streitobjekts habe, bald dazu dienen solle, den Nominanten vor Regressforderungen seines dominus zu schützen und ihn von der lästigen Defensionspflicht zu befreien, bald ihm die Unterstützung desselben für den Vindicationsprocess zuzuführen oder doch einen Anspruch auf Schadloshaltung im Falle der vollendeten Eviktion zu sichern.

Azo sucht eine Einheit zwischen Litisdenunciation und Nomination herzustellen; praktisch wäre nach seiner Auffassung der einzige Punkt, der die Nomination von der gewöhnlichen Litisdenunciation unterscheiden würde, in dem Rechte des Nominanten zu suchen, einen Aufschub des Processes zu begehren, damit der Denunciat Gelegenheit habe, rechtzeitig seine Interessen an dem Rechtsstreite wahrzunehmen: das Ausbleiben des Nominaten hat folgerichtig auch nach Azo nicht den Effekt, dem beklagten Besitzer das Recht eigener Vertheidigung zu benehmen.

Azonis summa cit: Instituitur autem rei vindicatio contra eum qui habet civilem et naturalem passionem, vel civilem tantum, vel naturalem. Nam et huius civilis possessionis restitutionem fieri posse, et inductionem in possessionem. Nec praeiudicatur ei qui habet naturalem possessionem . . . . permittitur ei a iudice si velit, postulare . . . ut intra certum diem domino denuntiet, quatenus litem suscipiat.

Im Gegensatze zu Azo und Bassianus heben Irnerius und Placentinus ausdrücklich hervor, dass alle Dinglichberechtigten nur das Recht hätten, durch Litisdenunciation sich die Hilfe ihres dominus im Eviktionsprocesse zu verschaffen, die Befugniss, durch Nomination seines dominus sich von dem Processe zu befreien, dagegen auf den blossen Detentor zu beschränken sei.

Vgl. Placentinus in summa tit. C. p. 106. — Hugolinus bei Haenel § 140 p. 369: Secundum Ir. et Plac. datur potestas domino denuntiandi, etiamsi ius in rem habeat, ut puta, si sit feudatarius vel emphyteuticario iure possident. Sed si

ius in rem non habeat, non datur denuntiandi potestas, ut puta, si sit commodatarius vel depositarius. Alii autem dicunt. ut Joannes et Azo, quod omnibus datur potestae denuntiandi . . . . dicunt enim ipsi, istam esse exceptionem dilatoriam scilicet, ut domino denuntiet.

Damit war einerseits die Erweiterung der Nomination auf Detentoren beweglicher Sachen entschieden, andererseits aber vor Allem der von Azo noch festgehaltene Zusammenhang der c. 2 C. cit. mit dem Eviktionsprocesse zerrissen: es wird lediglich das Interesse des dominus possessionis an dem gegen seinen Detentor angestrengten Process und die Notwendigkeit einer Befreiung des beklagten Detentors von aller Haftung gegenüber dem Kläger und dem dominus als das Motiv der Constitution bezeichnet. —

Die einzige sachgemässe Interpretation der c. 2 C. cit., die bis auf Wieding leider nicht die geringste Beachtung in unserer Processliteratur gefunden, tritt uns in den Schriften der Canonisten und zwar mit auffallender Uebereinstimmung entgegen. Sie haben als tüchtige Kenner des römischen Processes den Charakter der missio in possessionem als Contumacialfolge nicht verkannt und folgerichtig nicht dem alterius nomine possidens, sondern dem absens dominus possessionis die Beklagtenrolle zugewiesen.

Vgl. Pillius, de ord. iud. III § 18 (ed. Bergmann p. 82) Item si lis est quasi contestata ut per colonum per servum per procuratorem inscio domino, ut Cod. ubi in rem actio .... mittetur actor in possessionem reservata reo tamen de proprietate quaestione. — Tancredus p. 2. t. 4 § 1 (de contumacibus et non venientibus ad iudicium) ed. Bergmann p. 138 Z. 20.

Gratiae Aretini summa de iud. ord.: p. 1. tit. 7. Bergm. p. 343 Z. 20. Si autem reus compareat contumax et causa sit civilis, similiter distingue, ut superius diximus, quia aut est lis contestata aut non. Si non est contestata, aut agitur actione reali aut personali, ponitur actor in possessionem, secundum formam, quam habes . . . Cod. ub in rem actio III, 19 l. 2.

Auch die Aufnahme der c. 2 C. ubi in rem actio in die Dekretalensammlung des corpus iuris canonici stützt keineswegs die Zurückführung der gemeinrechtlichen laudatio auctoris auf das römische Recht. Innocenz III. führt uns nämlich bei der Erörterung des Versäumnissverfahrens die c. 2 C. ubi in rem actio mit nur wenigen principiell vollständig unerheblichen Aenderungen in der Fassung vor, im Einklang mit der Interpretation sämmtlicher Canonisten; c. 5 § 6 X ut lite non cont. (II, 6) lehrt ohne Zweifel, im Zusammenhang mit den vorausgehenden und nachfolgenden Gesetzesbestimmungen betrachtet, dass der alieno nomine possidens nicht in seiner Eigenschaft als Detentor, sondern vielmehr als präsumtiver Vertreter des absens dominus possessionis belangt ist.

Vgl. c. 5 § 5 X ut lite non cont. (II, 6). In aliis vero casibus prudenter est attendendum, utrum contumax actione reali an personali conveniatur. Si reali, mittendus est actor in rei petitae possessionem, ut taedio affectus reus veniat responsurus . . . . § 7. Quodsi super rebus immobilibus quisquam conveniatur, qui eas possidet nomine alieno . . .

Bei den deutschen Processualisten der späteren Zeit, die alle mehr oder weniger unter dem Einflusse der Glosse des Azo und der Bartolisten standen, konnte diese canonistische Theorie nie Anklang finden. Ich habe bei einem einzigen deutschen Processrechtsschriftsteller die c. 2 C. III, 19 im Sinne des Pillius und Tancredus interpretirt gelesen:

Hermann Vultejus, tract. de judiciis (Casscll. 1654) l. II c. 6 p. 362 Z. 112. Const. Imperator constituit, si in rem agatur, et reus citatus sit contumax, negocio summatim discusso actorem in possessionem rerum mitti, omni allegatione absenti de quaestione principali servata i. e. ita missionem fieri, ut ex illa missione actor constituatur rei verus possessor, reo autem reservetur nihilo minus de dominio contra actorem in rem illam missum experiri . . . . Nam respondetur hanc constitutionem in illo casu quo quis non per se ipsum, sed per alium possidet, i. e. quo quis non ipse, ut maxime rem possideat, eam detentet, sed alius ejus nomine, locum habere.

II. Die Commentatoren.

Sobald man sich nach Vorgang des Irnerius und Placentinus an eine strenge Scheidung von Interdiktenbesitz und alieno nomine possessio gewöhnt hatte,[1]) erschienen als die vorzüglichsten Anwendungsfälle der nominatio domini die Miethe, das Depositum, das Commodat.

Damit hatte man den materiellrechtlichen germanischen Hintergrund aus der Interpretation der c. 2 C. beseitigt: dem Vasallen, Usufruktuar, Lehensmann ist ausdrücklich das Recht versagt, durch Benennung ihres dominus sich vom Processe frei zu machen; der Dinglichberechtigte wird auf eine Streitverkündung beschränkt, deren Wirkung nie ein Ausscheiden aus dem Processe sein kann.

Prima Bartoli super codice ubi in rem actio p. 118 § 6 Sed quatenus ius vel petitio actoris repugnaret iuri sui ipsius emphyteutae, haberet emphyteuta necesse se defendere nec posset dominum nominare ad declinandum iudicium sed bene possit eum nominare, ut possit ab eo de suis defensionibus informari. —

In der That war aber das Verfahren, das den Eintritt des dominus in den gegen seinen Detentor angestrengten Process und das Ausscheiden des beklagten Dententors aus demselben vermittelte, auch nach der Theorie der Bartolisten trotz der völlig veränderten materiellrechtlichen Grundlage dem germanischen Eviktionsprocesse entnommen. Die Glosse hatte an Stelle des Contumacialverfahrens der c. 2 C. III, 19 das deutschrechtliche Verfahren gegen den dominus feudi gesetzt, der dem Ruf seines Vasallen zur Gewährleistung nicht nachkam und damit das deutschrechtliche Institut des Ziehens auf den Gewere zur unerschütterlichen Basis der Interpretation unserer Codexstelle gemacht; dass der alterius nomine possidens vom Kläger in seiner Eigenschaft als Detentor auf Herausgabe des Streitobjekts

[1]) Indem man von dem Dinglichberechtigten sagte: nominando dominum in iudicio non liberatur, sed respectu iuris quod habet, defendere cogitur.

belangt wäre, wurde gar nicht mehr angezweifelt und daher die c. 2 C. III, 19 stets in Zusammenhang gebracht mit der l. 9 D. de rei vind., die die bekannte Frage der Passivlegitimation des Detentors erörtert. Nur war durch die Ausdehnung der nominatio domini auf Detentoren beweglicher Sachen an Stelle des lehnrechtlichen Hintergrundes die Herübernahme des auf den Besitzer beweglicher wie unbeweglicher Sachen gleichmässig Anwendung findenden Princips des germanischen Eviktionsprocesses getreten, das im lombardischen Recht seinen bekannten drastischen Ausdruck findet: Langobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris, Romanus semper stat loco auctoris et nunquam dat auctorem.

Unstreitig gebührt Bartolus das Verdienst, durch die Bezeichnung der nominatio domini als exceptio fori declinatoria die Hauptanregung zu der vollständig unrömischen Auffassung der c. 2 C. III, 19 gegeben zu haben, der das Institut der laudatio auctoris seine Entstehung verdankt. Sowie man darüber einig war, dass die Nomination seitens des Detentor nur dazu dienen könne „ut hunc a iudicio liberet", dass die nominatio domini den Zweck habe, einer dritten Person die Uebernahme eines Processes auch gegen den Willen des Klägers zu ermöglichen, war der Grund gelegt zu einer Interpretation der c. 2 C. cit. im Sinne des germanischen Eviktionsprocesses.

Vgl. Paulus de Castro, comm. super cod. p. 135. Possidens vel detinens rem alieno nomine, si conveniatur actione reali et velit iudicium declinare, et cum agente non litigare, sed transferre in illum cuius nomine detinet vel possidet, potest vel debet ab ipso principio illum in iudicio nominare, et petere se absolvi, et non compelli litigare sed debere procedi adversus illum.

Bartolus super cod. p. 118 § 5. Et sic ex hac lege inducitur possidenti alieno nomine quaedam exceptio forideclinatoria, ut non cogatur subire iudicium ... si eius dominus veniat, ipse litigabit, et contra eum dabitur libellus. § 20 dico: iste qui nominat dominum in iudicio, debet etiam possessio-

nem ipsam in dominum transferre, ut sic possit rei vindicatione conveniri: si hoc faceret, non absolveretur ab instantia iudicii quia per illam nominationem non esset actori consultum.

Für die Schule der Bartolisten, die mehr unter dem Einflusse der Lombarda als des germanischen Lehnrechts (im Gegensatz zur Glosse) die c. 2 C. cit. interpretirte, waren der hauptsächlichste Anknüpfungspunkt an den germanischen Eviktionsprocess die Worte des Gesetzes: . . . alterius nomine possidens . . . . debet dominum nominare, ut . . . . perveniens in loca, in quibus praedium situm est, ... actoris intentiones excipiat, woraus sie ein Recht des Detentors deducirte, sich durch Berufung auf seinen Besitz in fremdem Namen vom Processe frei zu machen: wie der Käufer im lombardischen Process mit den Worten „non debes mecum placitare, quia ego auctorem habeo“ den Kläger an seinen Auctor verwies und diesem die ganze Last der Processführung übertrug, sich selbst aber jede Möglichkeit abschnitt, falls sein Auctor nicht aufzufinden war oder läugnete, den Process unter Geltendmachung anderer Vertheidigungsmittel wieder aufzunehmen, so erklärt auch der possidens der c. 2 C. cit. nach der Bartolistischen Interpretation mit der Benennung seines dominus auf eigene Vertheidigung des Besitzes verzichten zu wollen und macht hiemit die Erhaltung des Besitzes für seine Person von dem Verhalten des Benannten gegenüber der richterlichen Citation abhängig.

Bartolus cit. § 3. Istud quod dicimus, procedit quasi ad exemplum proelii corporalis . . . . quandoque in proelio corporali illi qui tenent unam arcem vel unum fortalicium, dicunt: volo denunciare domino pro quo hic sum, et nisi mihi succurrerit intra tantum tempus, ego cedam tibi qui facis exercitum contra me: istud est quasi quoddam proelium: ita hic iste tenens rem alieno nomine qui nominat dominum in iudicio, exceptat ab eo subsidium, quo veniente litigatur, eo non veniente cedit.

Offenbar unterscheidet sich die Nomination in der bartolistischen Construktion von der forideklinatorischen Einrede im technischen Sinne dadurch, dass der beklagte Detentor, der sich

ihrer bedient, weder seine Einlassung verweigert, noch eine Abweisung des Klägers begehrt: sie ist weder gegen die Form, noch gegen die materielle Begründung des klägerischen Anspruchs gerichtet.

Der Detentor hält dem Kläger nicht entgegen „non tibi respondeo", um auf Grund der Rüge eines formellen oder materiellen Mangels der Klaganstellung Abweisung seines Gegners zu erlangen, vielmehr erklärt der Nominant, dass er die Vertheidigung des Streitobjekts auf seinen dominus übertragen wolle, dass er für seine Person nur Befreiung von den Gefahren des Processes begehre, die weiteren Schicksale des Streitobjekts dagegen gänzlich dem Verhalten des dominus possessionis gegenüber der an ihn ergangenen Aufforderung zur Uebernahme des Processes anheimstelle. Desshalb folgt auch gar keine richterliche Prüfung der Richtigkeit seiner Behauptung, dass er im Namen des X besitze, vielmehr schliesst sich an die Nomination unmittelbar die „absolutio ab instantia" an, ohne dass dem Nominanten irgend welcher Beweis seiner nuda detentio obläge.

Bartolus cit. p. 119 § 15. Sufficit solum quod nominet dominum in iudicio, ut per hoc absolvatur ab instantia iudicii.[1])

Nach all dem kann nicht zweifelhaft sein, dass Bartolus weit entfernt war, die nominatio domini als eine forideklinatorische Einrede zu behandeln, dass vielmehr nur das eine Motiv, welches sie mit der sonst vollständig heterogenen exceptio forideclinatoria (ut reus non cogatur subire iudicium) gemeinsam hat, ihn dazu verleitete, sie mit der forideklinatorischen Einrede zu vergleichen (exceptio quaedam forideclinatoria).

Desshalb wäre es ganz unrichtig, aus dem Umstand, dass wir in den Schriften der Bartolisten und im Anschluss an sie

[1]) Bonaguida, summa introductoria super off. advoc. in foro ecclesiae p. III. t. 3 (Wunderlich, anecdota p. 261) Dilatoria iudicii est illa, per quam declinatur iudicium, et sunt hae: exceptio, quae competit contra rescriptum . . . . . Per tales exceptiones non perimo actionem vel intentionem actoris, sed differo iudicium vel evito personas. — Opponuntur autem exceptiones dilatoriae et probantur ante litem contestatam. — Vgl. Bülow, Lehre von den Processeinreden p. 20 ff.; Pfeiffer, Zeitschr. für Civilr. u. Civilpr. N. F. XII, p. 157 ff.

in den Schriften der französischen Schule und der deutschen Praktiker des 16. und 17. Jahrh. die nominatio domini mit Vorliebe als eine Art der forideklinatorischen Einrede bezeichnet finden, den Schluss ziehen zu wollen, dass man das ganze Institut nach den Grundsätzen derselben behandelt habe, die bekanntlich im wesentlichen mit den Principien der modernen processhindernden Einrede übereinstimmen. Vielmehr nahm die nominatio domini einen von dieser ihrer processualen Bezeichnung völlig unabhängigen Entwicklungsgang.

III. Die französische Schule und der Garantieprocess des modernen französischen Rechts.

Während die Glossatoren und Commentatoren an dem Wortlaute der Constitution insofern noch festhalten, als sie in dem Nominaten den dominus possessionis, in dem Nominanten den nudus detentor (und nur theilweise auch den Dinglichberechtigten) sehen, macht sich bei den namhaftesten Vertretern der französischen Schule ein rückhaltsloser Anschluss an die Ideen des germanischen Eviktionsprocesses bei der Interpretation der c. 2 C. cit. geltend, so dass wir die nominatio domini bald mit laudatio, bald mit nominatio auctoris bezeichnet finden.

Am meisten tritt das Bestreben, das „dominum nominare" der Constitution mit dem traire (numer) son garant des französischen Rechts zu identificiren, bei all denjenigen Rechtsgelehrten der französischen Schule hervor, die des germanischen Lehnrechts kundig waren; dies erklärt sich eben aus dem schon oben berührten Umstand, dass im Lehnrecht der dominus dem Vasallen (possidens) stets als Garant und demnach als gewährspflichtiger auctor gegenübersteht.[1])

Sehr verführerisch für diese Interpretation der c. 2 C. cit. war allerdings die unmittelbare Nähe einer Gesetzesbestimmung (c. 1 C. III, 19), in welcher die Principien des römischen Eviktionsprocesses vorgetragen wer-

[1]) Warnkönig und Stein cit. III. p. 217 (der Beweis des Lehenswesens) und p. 222.

den, wonach der Käufer stets das eigentliche Processsubjekt bleibt und die Benachrichtigung des Autors von der drohenden Eviktion und sein Verhalten gegenüber der Litisdenunciation auf das Verhältniss zwischen den Processparteien ganz ohne Wirkung ist, also weder eine Vertagung des Processes, noch eine Singularsuccession seitens des Auctor in die Parteirolle zur Folge haben kann.

So interpretirt z. B. Franciscus Duarenus die c. 2 C. III, 19 in unmittelbarem Anschluss an die c. 1 C. cit. und versteht demnach unter dem alterius nomine possidens der c. 2 den possidens der c. 1 (den Käufer eines Rechts, z. B. den Vasallen, der allerdings ein alienae rei, wenn auch nicht alieno nomine possessor ist), unter dem dominus possessionis aber den Verkäufer.

Duarenus, comm. in varios tit. Dig. et cod. tit. I de iudic. p. 170. *Possessor,* ait lex (c. 1 u. c. 2 III, 19), *vocat auctorem suum venditorem,* „son garend", *et petit, ut rem defendat vel solvat quanti interest emtoris, nam ego possideo et contra possidentem datur actio illa,*[1] ***sed ego dico***[2] *me velle vocare auctorem meum, nempe eum qui vendidit* .... si conveniatur actione in rem propter rem quam emit ab eo, quem existimabat dominum esse et *hic vocat auctorem suum, ut ipse suscipiat, qu'il soit mis hors de cours et de procès* .... Qui auctorem suum vocat in actione in rem, ut absolvatur omnino et iudicium transferatur in auctorem suum, quia declinatoria exceptio, eam ante litem contestatam debet opponere statim.

Wie wir sehen, construirt Duarenus aus der c. 2 C. III, 19 eine gesetzgeberische Neuerung, zufolge deren jeder possidens, der sich im Eviktionsprocesse auf seinen auctor berief, das Recht bekommen habe, sich vom Gericht eine Frist zur Stellung seines auctor zu erbitten und damit sich vom Processe loszumachen.

Noch besser präcisirt findet sich dieser Gedankengang in einer Schrift von Jean Imbert (a. 1522), der bereits den

[1]) c. 1 C. III, 19.
[2]) c. 2 C. III, 19.

mit der Litisdenunciation synonymen Terminus laudatio auctoris für die nominatio domini der Constitution gebraucht.

Imbertus, instit. forenses Galliae paene totius, quae moribus regitur communis I c. 21. Porro si auctor non compareat laudatus, post emissas in eum de more protestationes, potest apud eundem judicem ad quem ante vocatus est lisque adhuc pendet, conveniri, ut ejus litis onere eum a quo laudatus fuit, liberet sarciatque, quanti interest, eum a se non defendi, aut litem eam (si laudans actor sit) pro eo non suscipi .... Nec auctor, licet alterius sit iurisdictionis, poterit iudicis illius forum declinare.

Hieraus erklärt es sich, dass das französische Recht weder die nominatio auctoris im Sinne des modernen deutschen Civilprocesses, noch die Litisdenunciation des römischen Rechts kennt: Durch eine Identificirung der laudatio auctoris des römischen Eviktionsprocesses mit der nominatio der c. 2 C. cit. kam die französische Schule dazu, unser Gesetz als eine Fortbildung der Litisdenunciation zu bezeichnen, die dem belangten possessor das Recht verliehen hätte, seinen auctor auf Uebernahme der Vertheidigung des Streitobjekts zu belangen und von ihm, wenn er in dem Vindicationsprocesse unterlag, noch bei demselben Gerichte, das im Eviktionsstreite zu Ungunsten des Auctors entschieden hatte, Entschädigung für die Eviktion einzuklagen.

Brissonius, de formulis et solennibus populi Romani verbis V. 72 p. 379. In actionibus etiam civilibus laudari id dictum quod est nominari .... Mota certe quaestione, interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditorem conveniri posse. —

Molinaeus (G. Caballinus) addit. novae ad § 3 n. 27. Et propter ea actio lite mota non datur ad pretii restitutionem nec de evictione, sed solum ad defendendum vel cavendum aut liberandum § 3 n. 129. Judex, coram quo venditor defendit causam, an poterit cognoscere inter emtorem et venditorem in causa evictionis circa interesse vel poenam dupli? Dicendum est quod sic, quia hoc venit in consequentiam primae litis.

So ist die c. 2 C. cit. neben der missverständlichen Auslegung einiger anderer Gesetzesbestimmungen (l. 49 D. de jud. V, 1 und l. 39 D. de evict. 21, 2) die Grundlage des französischen Garantieprocesses geworden, in dem uns das germanisch-rechtliche Institut des Ziehens auf den Geweren vollständig erhalten ist. Die Ladung des Autors zur Gewährleistung, wie sie uns im code de proc. Art. 175—186 geschildert wird, ersetzt die Streitverkündung des modernen deutschen Processes und unterscheidet sich dadurch wesentlich von ihr, dass der Beklagte im französischen Eviktionsprocesse berechtigt ist, einen Aufschub des Processes zu begehren, bis die seinem Auctor zum Erscheinen gesetzte Frist abgelaufen, eben deshalb aber der Berufung auf seinen auctor sich nur vor seiner Einlassung bedienen kann.[1])

Das appeler en garantie erscheint uns demnach als eine Litisdenunciation mit verstärkten Wirkungen, es soll nicht, wie die heutige nominatio auctoris, dem Beklagten zum Austritt aus einem Processe verhelfen, an dessen Ausgang er kein ökonomisches Interesse hat, es hat vielmehr den Zweck, dem Beklagten den Sieg im Eviktionsprocesse zu erwirken oder ihm in unmittelbarem Anschluss an einen ungünstigen Ausgang des Processes Schadloshaltung zu sichern.[2])

Am meisten erinnert Art. 132 des cod. de pr.[3]) an die uns von Duarenus vorliegende Interpretation der c. 2 C. Hier wird dem Beklagten, der im Eviktionsprocesse zur Stellung seines Garanten sich eine Frist erbittet, das Recht eingeräumt, vor seiner Einlassung auf Enthebung von der eigenen Vertheidigung des Streitobjekts anzutragen; der Auctor übernimmt[3])

[1]) Code de proc. Art. 32 und 33.

[2]) Fuchs, die Lehre von der Litisdenunciation p. 111 ff.; Seuffert in der krit. Vierteljahrschr. VI. p. 536 ff.; Dernburg, Zeitschrift für Civilr. u. Civilpr. N. F. II, p. 50; Motive zur deutschen Civilprocessordnung p. 428.

[3]) Art. 152 des code de proc. gestattet diese förmliche Processübernahme ohne Zustimmung des Hauptklägers nur „pour les matières réelles ou hypothécaires“, d. h. dinglichen Immobiliarklagen gegenüber. Man brachte auch hiebei die auffallenden Anklänge an die c. 2 C. III, 19, die in ähnlicher Weise von einer actio in rem auf ein

in diesem Falle (als garant formel) die Parteirolle und es bleibt dem garanti überlassen, sein Interesse am Rechtsstreite in der Rolle eines Intervenienten wahrzunehmen.[1])

Vgl. auch Calletius (Ende des 16. Jhrh. bei Meerman, thesaurus jur. civ. et can.) comm. ad tit. C. de evict. c. 1 § 7. Interim emptor relaxetur ab observatione iudicii quamdiu ab auctore descendetur, et hic in praxi vocamus „gariment formel" et solet intendere emptor contra venditorem: qu'il aye à prendre le garniment formel et que quand a luy il soit mis hors de cause.[2])

Auch die Garantieklage (actio de evictione), die der Beklagte mit der Ladung seines Autors zur Gewährleistung verbinden kann, ruht im Wesentlichen auf den Principien des germanischen Evictionsprocesses: der Käufer, der auf seinen Geweren zieht, verlangt von diesem, dass er ihm entweder durch eine glückliche Processführung den Besitz des Streitobjekts erhalte oder ihn für die Eviction entschädige. Mit dem Bekenntniss der Autorschaft hat der Gewere seine Pflicht zur Defension und eventuell zur Entschädigung zugestanden; charakteristisch für die Gewährleistungspflicht im deutschen Rechte ist gerade, dass das im Eviktionsprozesse gegen den Auctor ergehende Urtheil res indicata über den Regressanspruch des Käufers macht — bestreitet der Auctor seine Entschädigungsverbindlichkeit (z. B. durch Berufung auf ein pactum de non praestanda evictione), ohne seine Autorschaft zu läugnen, so muss er dies vor der Uebernahme des Processes thun.[3])

immobile und von einer Processübernahme seitens des nominirten dominus possessionis an Stelle des nominirenden Detentor spricht.

[1]) Fuchs cit. p. 113; Seuffert cit. p. 539.

[2]) Vgl. Pfeiffer, Zeitschr. für Civilr. und Civilpr. XI. p. 134.

[3]) Da die Pflicht zur Eviktionsleistung im deutschen Recht nur in der Rückgabe des Kaufpreises oder in der Verleihung eines äquivalenten Gegenstandes, nicht in der Leistung des Interesses sich äussert, so ist damit auch der Gegenstand der eventuellen Entschädigung sehr leicht zu ermitteln und es erscheint desshalb nur als billig, dem Regressberechtigten die Anstellung einer neuen Klage am Wohnort des Regresspflichtigen zu ersparen.

In Anbetracht der völlig veränderten Grundlagen des modernen Processes ist die Verbindung der Regressklage mit der Ladung des Autors zur Gewährleistung mit Recht verworfen worden. Der deutsche Civilprozess behandelt jetzt im engen Anschluss an römischrechtliche Prinzipien die Benachrichtigung des Auctors von dem schwebenden Rechtsstreite lediglich als einen Privatakt zwischen Käufer und Verkäufer, der weder eine Verzögerung des Processes herbeiführen, noch die Regresspflicht des Denunciaten in iudicium deduciren kann. [1])

IV. Die deutschen Praktiker und die deutsche Partikulargesetzgebung bis an das Ende des 18. Jahrhunderts.

Wie die einflussreichsten französischen Rechtsgelehrten des 16. und 17. Jahrhunderts unter dem Einflusse des droit coutumier das „traire son garant“ zur Interpretation der c. 2 C. cit. herbeizogen, in ganz gleicher Weise waren die deutschen Praktiker bis in das 18. Jahrh. bei der Darstellung des Instituts der nominatio domini von der Partikulargesetzgebung beherrscht, die mit der grössten Zähigkeit an der Gewährleistungspflicht des altgermanischen Rechts festhielt und nur langsam die Grundsätze des römischen Eviktionsprocesses in sich aufnahm.

Vgl. Frankfurter Reformation vom J. 1578 anderer Theil tit. X. § 1: Ein jeder Verkäuffer ist von Rechtswegen pflichtig und schuldig den Käufer bey dem erkaufften Gut zu handthaben, zu vertheidigen . . . . § 2. Welchs doch anderst nicht statt hat, dann sofern der Käuffer, in solchem Fall die Rechtfertigung vor Befestigung des Krieges, oder je unlängst darnach, dem Verkauffer, wann er gegenwertig, durch einen unserer Richter oder Stattknecht, da er aber abwesend, durch eine offene Citation, von unserem Stattgericht aussgangen, ankünden und denselben citieren hab lassen, im Rechten zu erscheinen, und ihnen Kauffern zu vertreten. — Das. tit. III. § 8. — Lübisches Stadtrecht vom J. 1616. III. 6 § 10.

[1]) Fuchs, cit. p. 123.

Welcher sich einer Gewehr berühmet. der sol den namhafftig machen, durch welchen er die Gewehr thun will. Ist er uber See und Land, so hat er eines Jahres und Tages frist, wo er aber innerhalb unserer Jurisdiction, sol er den in viertzehn Tagen vorbringen. — Wormser Reformation l. V. t. I. fol. LX. Doch so gebürt sich dem Käuffer, sobald er angefertigt würde, vor Befestigung des kriegs oder bald darnach dem verkäuffer sölichen Krieg und anclag mit unsern oder unsern stattgerichts botten die ima uff seyn bitt und begern gevolgt söllen werden, verkünden, da das der verkäuffer komme und erscheyne an gericht den käuffer zu verteidingen und den kauff beschirme.

Vgl. noch Nürnberger Reformation vom J. 1564 lit. XVI. Ges. 5. p. 92, — Hamburger Gerichtsordnung u. Statuta (1603) der ander Theil tit. 8 § 14. — Landrecht des Herzogthums Preussen (1620) l. IV. t. VI § 3 ff.

Vollständige teutsche Stadtrecht im Erbkönigreich Böhmen und Markgrafschaft Mähren, f. XXXIV.

Diese wenigen Gesetze genügen vollkommen, uns einen Einblick in die damals durch die allmählig sich geltend machende Herrschaft des römischen Rechts eintretende Verwirrung über den Begriff des altgermanischen Ziehens auf den Geweren und der nominatio domini der c. 2 C. cit. zu gewähren. Während uns die lübischen Statuta das altdeutsche Institut der Benennung des Geweren noch in seiner ganzen ursprünglichen Reinheit zeigen, tritt uns in den Reformationen der trübende Einfluss der auf unsere Constitution gegründeten gemeinrechtlichen Nominationstheorie, zu deren bekanntesten Vertretern Mevius, Zanger und Schilter zählen, in der eigenthümlichsten Weise entgegen. Zunächst mögen hier die einzelnen Bestimmungen der obengenannten Partikulargesetze, in denen sich die Principien des germanischen Eviktionsprocesses erhalten haben, ihre Erwähnung finden:

Der zur Gewährleistung geladene Auctor succedirt mit dem Bekenntniss seiner Autorschaft ipso iure in die Beklagtenrolle, unabhängig von dem Willen der beiden Hauptparteien: es bedarf

zu seinem Eintritt in den Process weder einer Bestellung zum procurator in rem suam, noch einer Vereinbarung mit dem Kläger, sondern lediglich einer Ladung des Autors zur Erfüllung seiner Gewährspflicht. Die Processübernahme seitens des erschienenen Auctors ist daher eine Singularsuccession in die Parteirolle des Beklagten. — So erklärt es sich, dass im Falle seines Ausbleibens auf die Ladung der Käufer auf seine Rechnung und Gefahr, als sein procurator, die Processführung übernehmen kann, der ausgebliebene Verkäufer wie ein contumax behandelt und die die Eviktionsverbindlichkeit behauptenden Thatsachen, welche der Käufer nun vorbringt, als zugestanden angenommen werden.

Frankf. Ref. cit. Ander Th. X § 5. So dann dem Verkäuffer zu der Rechtfertigung durch den Käuffer also verkündet worden: So ist er schuldig für Recht zu erscheinen und auf seinen Kosten den Käuffer zu vertretten. That er solches nicht und würde darauff das Gut dem Käuffer aberkannt: So were es nicht weniger, als wenn er selber die Sach zu Gewinn und Verlust ausgeführt hett, die Schadloshaltung in alleweg zu thun und dazu dem Käuffer allen Kosten und Interessen, desswegen er erlitten, zu erstatten schuldig. — Landr. des Herz. Preussen cit. IV., t. VI., § 4. Wo der Verkauffer nach beschehener Denunciation nicht erscheinen würde etc. . . . . so kan und mag der käuffer die Sach ausführen und, er gewinne oder verliere, allen Kosten und Schaden von dem Verkauffer fordern und behalten.

Auch hier tritt uns, wie noch heute im französischen Garantieprocess, die Doppelnatur der Ladung des Autors zur Gewährleistung hervor: die Litisdenunciation schliesst in dieser Gestalt in sich die Aufforderung zur Uebernahme des Processes und zugleich eine actio de evictione, die eventuell nach einem ungünstigen Ausgange des Processes eintretende Regressklage des Käufers. Der Ersatzklage des Denuncianten gegenüber erscheint demnach der auf die Ladung des Käufers ausbleibende Auctor als contumax — während die Nichtbeachtung der in der Denunciation liegenden Mahnung zum Eintritt in den Eviktionsprocess dem beklagten Käufer

das Recht gibt, gewissermassen als gesetzlicher Vertreter des auctor den Process auf dessen Kosten fortzuführen. [1])

Daraus ergibt sich als eine weitere wichtige Consequenz, dass die Denunciation als eine unerlässliche Voraussetzung des Regressanspruchs erscheint und folglich der Auktor, dem der Käufer nicht rechtzeitig litem denuncirt, von jeder Verbindlichkeit zur Eviktionsleistung befreit ist. Einzelne Gesetze schreiben in vollständigem Anschluss an das altgermanische Recht vor, dass die Ladung des Autors vor der Kriegsbefestigung (Litiscontestation) geschehen müsse und schliessen ausdrücklich die Gewährspflicht aus, wenn der Beklagte sich in den Rechtsstreit eingelassen habe, ohne sich auf seinen Geweren gezogen und ihn zur Uebernahme des Processes vorgeladen zu haben. [2])

In vielen wichtigen Einzelheiten dagegen zeigt die Particulargesetzgebung, wie mächtig die romanisirende Theorie auf die Rechtsbildung einwirkte. Jene juristischen Schriftsteller des 16. und 17. Jahrh., die das Recht in unmittelbarer Beziehung auf die Praxis behandelten und sowohl für ihre Entscheidungen wichtiger Rechtsfragen als für particularrechtliche Bestimmungen Belege in römischrechtlichen Quellen suchten, glaubten eine Analogie für das im germanischen Eviktionsprocesse ausgebildete Ziehen auf den Geweren in der c. 2 C. III, 19 gefunden zu haben: die Folge davon musste sein, dass sie einerseits einer richtigen Auffassung der römischen Litisdenunciationstheorie ganz unzugänglich waren und andererseits den verderblichsten Einfluss auf die weitere Fortbildung der germanischrechtlichen Gewährleistungspflicht in der Particulargesetzgebung ausübten.

Die gewichtigsten Autoritäten unter ihnen nahmen der c. 2 C. III, 19 gegenüber dieselbe Stellung ein, wie die fran-

[1]) Wormser Ref. cit. I t. V f. LXI.

[2]) Vollst. teutsche Stadtrecht im Erbkönigr. Böhmen, cit. f. XXXIV, § 2. Wird er aber seinen Gewehrmann nicht beschicken und begiebt sich selbst in das Recht, so wird weder der Gewehrmann noch die Innhabere seines Guts ob er gleich das verliere, ihme ferner mit keiner Gewehr noch mit deren Schäden verbunden seyn; desgleichen Hamburger Gerichtsordnung und Statuta II, 8, § 14; Landr. des Herzogth. Preussen l. IV., tit. VI. § 3.

zösische Schule. Auch sie machten aus der nominatio domini [1]) eine laudatio seu nominatio auctoris und bezeichneten sie als cognata exceptioni declinatoriae mit Rücksicht auf die Absicht des Nominanten, sich vom Processe frei zu machen, ohne die Grundsätze der forideklinatorischen Einrede auf sie anzuwenden. Auch sie behandelten den dominus possessionis der c. 2 C. cit. als gleichbedeutend mit dem auctor im Eviktionsprocesse und construiren so aus unserer Constitution einen förmlichen Denunciationsprocess: Der Beklagte benennt seinen Auktor „vor oder gleich nach der Litiskontestation“ und erhält dadurch die Beihülfe des Gerichts zur Ausrichtung der Litisdenunciation an seinen Auctor [2]); aus dem Privatact der römischen Litisdenunciation wird eine richterliche Citation des Auctors zur Uebernahme der Defension;[3]) bleibt der Nominat aus, so wird gegen ihn in derselben Weise verfahren, wie wenn er der eigentliche Beklagte und contumax wäre.

Die meisten Praktiker fassen die nominatio auctoris so auf, als ob der Beklagte neben der von ihm ausgehenden Litisdenunciation durch die Benennung seines Autors vor Gericht eine Ladung des Nominaten zur Defension der evincirten Sache erwirken würde, deren Nichtbeachtung die Eröffnung eines Ungehorsamsverfahrens gegen den Auctor nach sich ziehen würde. [3])

Der Einfluss dieser Theorie macht es erklärlich, dass wir auch in einigen Particulargesetzen die Aufforderung zur Gewähr-

[1]) Zanger, tract. de except. p. II., cap. 2. Reus laudans auctorem suum dicitur declinare iudicium .... quia hoc agit ut liti se eximatur et alius causam defendat. — Mevius, decisionum pars VI, 349.

[2]) Z. B. Mevius, dec. pars VIII, 200. Qui auctorem laudaverat eique litem denunciaverat, impetrata ad assistendum citatione, illo non comparente arctius mandatum rogabat, quo ad comparendum seque defendendum coarctaretur.

[3]) Zanger, cit. Actione reali aliqua conventus, quin possit suum auctorem, qui ipsi de evictione obligatus est, laudare ac petere, ut ei denuncietur et ad locum iudicii vocetur ad reum defendendum, non ambigitur. — Strykius, diss. XXI (op. omnia) de litis denunciatione § 23. Forma itaque denuntiationis sive libelli in hoc consistit, ut reus in judicio principali conventus vel denuncians dicat unde rem habeat aut a quo, ut petat auctorem sive denunciatum citari, licet alias praesens sit et sciat litem esse motam. – Schilter, exerc. ad pand. XXXIV, § 26.

leistung, die auch nach altgermanischem Rechte wie nach römischem nur ein Privatakt zwischen den beiden Contrahenten war, mit officiellem Charakter umgeben finden und zwar in einer Weise, die fortwährend an die c. 2 C. III, 19 erinnert:

Vgl. Frankf. Ref. oben cit.; Landrecht des Herzogth. Preussen cit.: es mag auch der Käuffer so wegen des gekaufften Gutes gerechtfertigt würde, dem Verkauffer die Anforderung und Krieg rechtens mit des Gerichtes offenbahren Briefen oder Citation die ihm auff sein bitt und begehren gefolget werden sollen, denunciren.

Der Beklagte verbindet wohl regelmässig mit der Nomination eine Darlegung der Regresspflicht seines Auctors; desshalb erscheint die Citation des Nominaten bald unter dem Gesichtspunkt einer actio de evictione: Der Auctor wird vorgeladen ad assistendum liti vel eventualiter indemnisandum.[1])

Dass man den dominus possessionis der c. 2 C. cit. und den venditor der c. 1 C. cit. zu derselben Kategorie rechnete, indem man Beide dem possidens (tenens) als auctores gegenüberstellte, dass man den alterius nomine possidens nach gleichen Grundsätzen wie den emtor behandelte, ersehen wir sowohl aus einzelnen Partikulargesetzen, wie aus den Schriften jener Praktiker, die sich auch mit germanischen Rechtsstudien befassten.

Vgl. bes. vollst. teutsche Stadtr. im Erbkönigr. Böhmen cit. f. XXXIV, p. 290. So jemand ein Stadtgut oder Stadtgrund kaufft und hat denselben nunmehr in Besitzung und ehe dann ein Jahr und Tag für über ist, wird er dorummen fürgenommen, alsdann ist derselbe Innhabere des Guts schuldig, ehe er dem Kläger auf seine Klage Antwort gibt, seinen Gewehrsmann daz ist seinen Verkauffer . . . . **oder desselben Gutes Inhaber**[2]) zu

[1]) Sande (opera omnia juridica) dec. fris. l. III. tit. 4., def. V. Postea Gaius authorem suum Titium (cui litem sibi motam denunciaverat) ad hanc curiam vocavit et de evictione convenit. Titius excepit se evictione minime teneri. — Vgl. Fuchs, cit. p. 177 n. 55.

[2]) Hierunter ist offenbar der dominus possessionis der Constitution zu verstehen, wie denn auch der allgemein gehaltene Ausdruck „derselbe Innhabere des Gutes“ sowohl den emtor als den blossen Detentor umfasst.

beschicken und für dem Richter von ihme zu begehren, dass er ihm für den Anspruch vertreten solle, so ist der Gewehrsmann oder seines Gutes Inhaber schuldig ihn zu vertretten und da er solches nich thut und der Inhaber des Guts wird der Sachen verlustig. [1]) ....

Mevius, Commentar. ad cod Lubecensem (oben cit.) l. 3, t. 6, Art. X. Si autor justo tempore comparet **et defensionem suscipit,** non extra litem est, an **conventus recte postulet se ex lite penitus dimitti atque actiones contra auctorem institui?** Sic visum nonnullis, sive **dominus et possessor ab eo qui huius nomine tenebat, sive venditor conveniatur.** — Ders. decisionum p. IV. 352. Qui in controversiam cum aliquo de re incidit cuius ipsi alius autor est, non modo potest laudare auctorem suum et ut ad se defendendum citetur, petere, sed etiam cum auctor seu citatus seu sponte ad sui defensionem accedit, a judicio recedere .... Haud inde fas alteri (sc. actori) declinare judicium velut ob mutatam personam aut ab autore exigere mandatum illius cui antea cesserat, multo minus potest a procuratore auctoris desiderare ut simul ab altero (sc. laudante) mandatum exhibeat. Ipse enim autor in lite principalis persona est, qui alio licet desistente solus causam recte agit ideo et procuratorem solus legitimat. — Anm. 2 (das.). Qui laudat, is hoc agit, ut liti eximatur et alter causam denfendat.

Diese Confundirung der germanischrechtlichen Gewährleistungspflicht mit den Bestimmungen der c. 2 C. ubi in rem actio können wir so lange in der Theorie der sog. nominatio auctoris verfolgen, als die deutschen Rechtsanschauungen bald durch den Einfluss der Particulargesetzgebung, bald durch

---

[1]) Vgl. dazu Schilter, exercit. ad pand. 45 § 53. Effectus civilis huius guarandae legitimae sive possessionis plenae cernitur in evictione et litis denunciatione atque nominatione auctoris; nempe si possessio nondum plena quaesita est et controversia de re possessa movetur, tunc necessaria est auctoris nominatio et denunciatio, qui si litem non suscipit, possessio inchoata amittitur (Commentar zu Ssp. II, Art. 42). — Sichardus in seinen Codexvorles. zu l. 2 C. ubi in rem actio (opera omnia Fickleri, Basil. 1565.)

Reminiscenzen an lehnrechtliche Studien den Principien der römischrechtlichen Litisdenunciation den Eingang verwehrten.

Während wir bei Juristen anderer Länder (z. B. in Marantas Schriften oder bei Covarruvias) schon im 16. Jahrh. ein klares Verständniss des römischen Eviktionsprocesses finden, macht sich in der deutschen Processlitteratur bis in das 18. Jahrh. ein ungewisses Schwanken zwischen römischen und germanischen Rechtstheorien bemerkbar. So neigt sich Mevius in seinen decisiones bald der reingermanischen Rechtsanschauung zu, indem er eine Succession des auctor laudatus in die Parteirolle des possidens ganz allgemein annimmt (vgl. die oben citirte Stelle), bald schliesst er diese Singularsuccession unter Berufung auf jene spanischen und italienischen Schriftsteller ausdrücklich aus für den Laudanten „qui rem proprio nomine possidet“ und beschränkt hier den Auctor auf die Rolle eines Beistandes oder defensor des Hauptbeklagten. [1])

Noch bei Branchu (1724) finden wir die laudatio auctoris ganz im Sinne des germanischen Eviktionsprocesses construirt, indem er jedem auf Herausgabe einer Sache mit einer dinglichen Klage belangten possidens die Benennung seines Autors zur Pflicht macht.

Vgl. Branchu, observ. ad jus Romanum c. XV, p. 103. Quomodo, ubi res a bonae fidei possessore evincitur, possessor si damni expers esse cupit, denunciare id auctori suo necesse habet, ut is utpote instructior ad defendendum veniat; id jam demum sancivit l. 2 C. ubi in rem actio; haec enim, quod olim volens facere reus solebat, ut eum nominaret, cuius nomine esset in possessione, reo etiam invito faciendum iniunxit.

[1]) Man vergleiche noch Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprocesses; chursächsische Process- und Gerichtsordnung vom J. 1622 tit. XIV; Strykius, de litis den. § VIII. — Carpzovius, processus iuris in foro saxonico tit. IV, Art. 4, § 2. Et hoc non saltem si denunciatus, uti plurimum fieri solet, in termino contumaciter emanserit, sed etiam quando comparet; quo casu equidem denuncianti assistere, itemque coram judice causae principalis, quamtumvis alias in judicio illo forum haud sortiatur, una cum denunciante prosequi tenetur.

Erst der codex Maxim. Bavaricus civilis IV, 3 § 15 und judiciarius cap. 8 § 2 und die allgemeine preussische Gerichtsordnung (Tit. XVII) legten die dauernde Grundlage zu einer strengen Scheidung von Litisdenunciation und Nomination: nach beiden Gesetzbüchern [1]) hat die Litisdenunciation nur den Zweck, dem Beklagten die Hilfe einer dritten Person zuzuführen, die am Ausgange des schwebenden Rechtsstreites ein rechtliches Interesse hat, und kann nie eine Veränderung der Processsubjekte herbeiführen, während die nominatio auctoris dazu dient, dem beklagten Detentor das Ausscheiden aus einem Processe zu ermöglichen, an dessen Ausgang er nicht ökonomisch interessirt ist, und zu diesem Zwecke den Kläger an den nominirten Auctor verweist.

Ein besseres Verständniss der römischrechtlichen Litisdenunciation und das allmählige Schwinden der Principien des germanischen Eviktionsprocesses aus dem Rechtsbewusstsein mussten die Entwicklung dieses Gegensatzes befördern.

Man gelangte im Wesentlichen jetzt wieder auf den Standpunkt der bartolistischen Interpretation der c. 2 C. III, 19, die zwar nicht ihre materiellrechtliche aber wohl ihre processuale Grundlage im Vindicationsprocess der Lombarda hat.

Desshalb hielt man noch immer den Besitzrepräsentanten der c. 2 C. III, 19 statt für einen processualen Vertreter des absens dominus possessionis für den eigentlichen Beklagten, der mit der Benennung seines Autors die Last der Processführung von sich abwälzen wolle, desshalb constatirte man noch immer in dem Institut der laudatio auctoris eine Ausnahme von dem Princip der Unveränderlichkeit der Processsubjekte, indem man dem Nominaten gestattete, nach dem Bekenntnis seiner Autor-

[2]) Vgl. Anm. zu cap. 8 § 3 des cod. Max. jud.: Durch die Denunciation und Laudation suchen wir Hilf bei unserem Auctor, von welchem wir causam possessionis haben, damit wir bey der strittigen Sache manutenirt oder wenigstens von ihm schadlos gehalten werden, mittelst der Nomination hiegegen will Nominant völlig aus der Sache seyn und selbst lediglich auf Nominaten hinüberlegen.

schaft selbst gegen den Willen des Klägers den Process an Stelle des Nominanten zu übernehmen.

Die vielen Modificationen, die im Einzelnen diese beiden der modernen laudatio auctoris zu Grunde liegenden Principien in der Theorie und Gesetzgebung unseres Jahrhunderts erfahren haben, sind nur dem Bestreben der Doktrin zuzuschreiben, dieses eigenartige Institut in Einklang mit allgemeinen processualen Grundsätzen zu bringen.